



erbrechtlichen Interdicte

von

Dr. August Ubbelohde.

[Sonderausgabe von Glück's Pandektencommentar, Serie der Bücher 43 u. 44, Thl. 3.]

Erlangen,
Verlag von Palm & Enke.
(Carl Enke.)
1891.

PROSPEKT.

Im Verlage von **Palm & Enke** in **Erlangen** erscheint seit Kurzem und ist durch jede Buchhandlung zu beziehen:

Zeitschrift

für

Internationales Privat- und Strafrecht

mit besonderer Berücksichtigung der

Rechtshülfe.

Begründet und herausgegeben

von

Ferdinand Böhm,

Oberlandesgerichtsrath am kgl. Oberlandesgerichte Nürnberg.

Unter gütiger Mitwirkung angesehenster Rechtslehrer und Geschäftsmänner des In- und Auslandes.

Erscheint in zweimonatlichen Zwischenräumen und 6 Heften, je 6—7 Bogen enthaltend (zusammen 40 Bogen pro Band umfassend). Der jährliche Abonnementspreis beträgt 12 Mk.

Diese Zeitschrift soll zunächst ein Sammelpunkt sein für wissenschaftliche Arbeiten, vornehmlich aber die Beziehungen zwischen Theorie und Praxis vermitteln und auf diese Weise anregend und fruchtbringend wirken. Es ist nothwendig, dass die Grundsätze des internationalen Rechts auch mehr und mehr in der Praxis sich einbürgern und fortgebildet werden. In diesem Sinne soll die Zeitschrift bringen:

1) selbständige wissenschaftliche Abhandlungen,
2) Mittheilung von wichtigen Entscheidungen der Gerichte und namentlich der obersten Gerichtshöfe aller Kulturländer,
3) Mittheilungen aus der Gesetzgebung der einzelnen Länder, ferner über wichtige Verordnungen, Erlasse der obersten Justizstellen u. dgl.,
4) Mittheilung und Erörterung der internationalen Staatsverträge privat- und strafrechtlichen Inhalts,
5) Literaturberichte.

Innerhalb dieses Rahmens soll die Zeitschrift das bürgerliche, wie das Strafrecht, den Zivil- und den Strafprozess umfassen; auf die für den gegenseitigen Rechtsverkehr besonders wichtigen Vorschriften über Rechtshülfe, sowohl in Deutschland als gegenüber dem Auslande, soll besonders Bedacht genommen und auch sonst Alles in den Kreis der Erörterung gezogen werden, was für die Rechtsbeziehungen zwischen In- und Ausland von Bedeutung ist.

Die

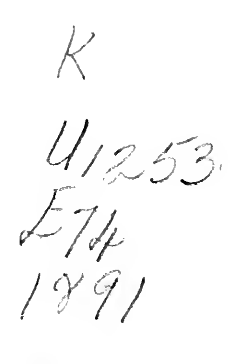
erbrechtlichen Interdicte

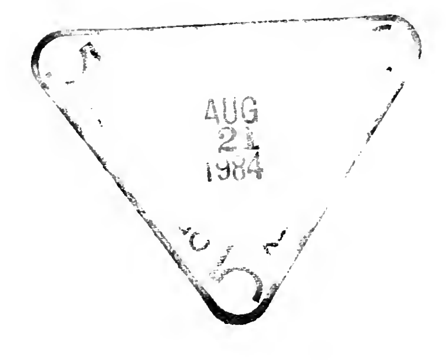
von

Dr. August Ubbelohde.

[Sonderausgabe von Glück's Pandektencommentar, Serie der Bücher 43 u. 44, Thl. 3.]

Erlangen,
Verlag von Palm & Enke.
(Carl Enke.)
1891.





Druck von E. Th. Jacob in Erlangen.

Seinem lieben

Gustav Hartmann

in alter treuer Freundschaft.

Inhaltsverzeichniß.

Lib. XLIII. Tit. II.

Quorum bonorum.

§. 1841.

Das Quorum bonorum bis Hadrian. Seite 1—79.

1. Edictsmäßige Fassung des Quorum bonorum. Es ist ein dem bonorum possessor eigenthümliches Rechtsmittel S. 1 f. Die Person des Impetraten S. 2 f. Unterschied der Passivlegitimation für den Besitzer von Nachlaßsachen beim Interdicte von der Passivlegitimation bei der hereditatis petitio sacramento in rem und von derjenigen bei der actio de hereditate per sponsionem: bei der erstern ist nur der Contravindicant zu Beklagtenrolle legitimirt; wer weder contravindicirt, noch das Eigenthum auf einen Singulartitel beansprucht, muß ohne weiteres den Besitz herausgeben S. 3—5; bei der andern ist nur der bonorum possessor passiv legitimirt S. 5 f.
2. Das Quorum bonorum gegen den Besitzer von Nachlaßsachen setzt bei diesem possessio pro herede oder pro possessore voraus. Gai. IV, 144. Als possessor pro herede besitzt der wirkliche oder vermeintliche heres; aber auch der vermeintliche bonorum possessor, ebenso jeder andre wirkliche oder vermeintliche Universalsuccessor S. 6—8. Zwischen zwei vermeintlichen bonorum possessores entscheidet das Quorum bonorum endgültig. Gegenüber andern

---

Lib. XLIII. Tit. III.

Quod legatorum.

§. 1845.

mortis causa donationes. L. 1 §. 5 D. h. t. Dies erklärt sich nicht daraus, daß Schenkungen zweiseitige Rechtsgeschäfte sind; auch ist es nicht auf solche m. c. geschenkte Sachen zu beschränken, welche bereits der Erblasser dem Schenknehmer tradirt hat. Der Grund liegt darin, daß die Wirksamkeit der m. c. donatio Beerbung des Schenkgebers nicht voraussetzt, eine obligatorische Schenkung von Todeswegen also eine Erbschaftsschuld begründet. Auch die Erstreckung der lex Falcidia auf m. c. donationes machte die Erstreckung des Quod legatorum nicht nothwendig S. 176—179. Auf vermachte Sachen, deren Besitz der Vermächtnißnehmer bereits bei Lebzeiten des Erblassers erworben hat, bezieht sich das Interdict nicht, mit Ausnahme solcher, die er in der irrigen Annahme, der Erblasser sei gestorben, occupirt hat. Auslegung von l. 26 pr. D. ad leg. Falcid. 35, 2: sie handelt von der ererbten Klage auf Rückgabe S. 179—183.

§. 1845a.

Spätere Geschichte des Quod legatorum. S. 183—190.

7. Die missio Hadrianea gewährt dem scriptus heres die Möglichkeit, ohne cautio legatorum servandorum causa die legatorum nomine occupirten Nachlaßsachen in die Hand zu bekommen S. 183 f. L. 5 Cod. de legat. 6, 37 berührt das Interdict nicht S. 185—187.
8. Infolge von l. un. Cod. Theod. quor. bon. 4, 21 ist das Quod legatorum aus einer Begünstigung des bonorum possessor zu einer Begünstigung des legatorum nomine Occupirenden geworden: dieser kann verlangen, daß statt des Quorum bonorum das Quod legatorum gegen ihn angestellt werde S. 188. Später, wahrscheinlich durch Justinian, ist das Quod legatorum auch dem heres als solchen gegeben S. 188 f. Die Glosse hat auch dem heres als solchem das Quorum bonorum gegeben; damit ist das Quod legatorum allgemein ein Vorrecht des Vermächtnißnehmers geworden S. 189. Man hat jedoch in der irrigen Auffassung des Einsatzes als eines summari-

---

Lib. XLIII. Tit. IV.

Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit.

§. 1846.

S. 191—234.

Lib. XLIII. Tit. V.

De tabulis exhibendis.

§. 1847.

S. 235—277.

1. Zwecks Exhibition letztwilliger Verfügungen hat der Erbe des Erblassers oder der sonstige Eigenthümer der Urkunde die actio ad exhibendum S. 235 f. Anderen Interessenten verspricht das Edict die Einsicht zu gewähren L. 1 pr. D. testam. quemadm. 29, 3. L. 2 §§. 4a sqq. eod. L. 3 Cod. quemadm. aper. 6, 32 S. 236 f. Ist die Verfügung im Gewahrsam eines Gerichts, so läßt sich dieses Versprechen ohne weiteres erfüllen; hierauf bezieht sich l. 3 Cod. cit. S. 237 ff. Den privaten Inhaber nöthigt der Prätor zur Exhibition. L. 1 pr. D. h. t. S. 239 f. Bedeutung von exhibere. L. 3 §. 8 eod. S. 240. Verschlossene Verfügungen sind in iure zu exhibiren L. 3 cit. §. 9 S. 241 f. Umfang der Exhibitionspflicht S. 242—247.
2. Eine Activlegitimation für das Interdict wird nicht erfordert; insbesondere ist in Ermangelung eines andern Interessenausweises keineswegs der Calumnieneid vorgeschrieben S. 247—250.
3. Verpflichtet zur Exhibition ist penes quem tabulae sunt. Begriff des penes aliquem esse S. 250—253. Die Nöthigung zu exhibiren ist verschieden nach dem Verhalten des Verpflichteten. L. 1 §. 1 D. h. t. L. 2 §§. 7 sq. D. testam. quemadm. 29, 3 S. 253 f. L. 5 D. h. t. sagt nicht, daß das Interdict ausgesetzt werde, solange ein von der Urkunde abhangender Erbschaftsproceß oder ein iudicium publicum über dieselbe schwebt S. 254—263. Sie bestimmt vielmehr eine Modification der Exhibitionspflicht, wenn der Impetrat gegen einen Dritten einen Erbschaftsproceß führt, dessen Entscheidung von der Urkunde abhängt, oder wenn er als Partei an einem iudicium publicum über die Urkunde betheiligt ist S. 263—265. Exhiberi non oportere bei letztwilligen Verfügungen eines

Lib. XLIII Tit. II.

Quorum bonorum.[1]

Gai. III. §. 34. IV. §. 144. *Inst.* lib. IV. tit. 15. de interdictis §. 3. *Theophil.* paraphr. ad h. l. *Cod. Theod.* lib. IV. tit. 21. quorum bonorum. *Cod.* lib. VIII. tit. II. quorum bonorum. *Basil.* lib. XL. tit. 9.

§. 1841.

Das Quorum bonorum bis Hadrian.

1. Die Fassung des Interdictes lautet nach l. 1 pr. h. t. (*Ulp.* lib. 67. ad ed.):[2])

1) S. B. W. Leist die Bonorum possessio Bd. 1 Göttingen 1844 §§. 48—61 S. 306—396. Bd. 2 Abth. 2 §§. 142—148 S. 162—217. §. 156 S. 257—260. §. 162 S. 290—297. §. 170 unter 1 S. 340 f. §§. 190—194 S. 465—500. Ders. in diesem Commentar Serie der Bücher 37 und 38 Thl. 1 §. 1598d Ziffer 75—79 S. 375—410. Thl. 2 §. 1600 S. 274—344. §. 1602 S. 393—453. Von der ältern Literatur sei hier nur angeführt v. Savigny über das Interdict Quorum bonorum (aus Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 5 S. 1—25 1823. Bd. 6 S. 229—272 1828. Mit Nachtrag von 1849) in vermischte Schriften Bd. 2 S. 216—320 Berlin 1850. L. Arndts Interdictum Quorum bonorum im Rechtslexikon redigirt von Weiske Bd. V S. 615—620 1844 und in Gesammelte Civilistische Schriften Bd. 2 S. 310—315.

2) S. auch Lenel ed. perp. §. 227 S. 361 f.

Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve, si nihil usucaptum esset, quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas.

Das interdictum Quorum bonorum ist danach ein dem bonorum possessor eigenthümliches Rechtsmittel. Seine Zuständigkeit ist freilich nicht der einzige, [3]) aber doch der wesentlichste Vortheil, welchen die Agnition der bonorum possessio dem Civilerben, heres, verschafft. Deshalb hebt ihn *Gai.* III, 34 für eben diese Fälle, in denen die bonorum possessio iuris civilis confirmandi gratia stattfindet, ausdrücklich heraus:

— quibus casibus beneficium eius (sc. bonorum possessionis) in eo solo videtur aliquam utilitatem habere, ut is, qui ita bonorum possessionem petit, interdicto, cuius principium est *Quorum bonorum*, uti possit etc.

Wer nur zu einer Quote bonorum possessor ist, kann selbstverständlich das Quorum bonorum nur wegen dieser Quote anstellen.

Laut seiner edictsmäßigen Fassung ist das Interdict gerichtet

1) gegen denjenigen, welcher Nachlaßsachen pro herede besitzt,

2) gegen denjenigen, welcher solche Sachen pro possessore besitzt,

3) gegen denjenigen, welcher in der angegebenen Weise Nachlaßsachen besitzen würde, si nihil usucaptum esset,

3) Ein andrer dem bonorum possessor vor dem heres zustehender Vortheil war das interdictum Quod legatorum. S. einstweilen Lenel a. a. O. §. 228 S. 363 f. und unten Ziffer 4 zu N. 54 ff. Daß Gai. III, 34 dieses Interdict nicht erwähnt, begreift sich bei dem elementaren Zwecke seiner Institutionen.

und endlich

4) gegen denjenigen, welcher dolo malo solche Sachen zu besitzen aufgehört hat.

Es wird später untersucht werden, ob die beiden letzten Clauseln bereits der ursprünglichen Fassung des Interdictes angehört haben. [3a]) Hinsichtlich der beiden ersten ist kein Grund ersichtlich, daran zu zweifeln, daß sie von Anfang an darin enthalten gewesen sind. Gehen wir also davon aus, daß die Passivlegitimation des possessor pro herede und des possessor pro possessore für unser Interdict von dessen Aufstellung an bestanden hat, so werden wir das Verständniß derselben am sichersten gewinnen, wenn wir uns vergegenwärtigen, welche Gegner bis dahin in die Sachverhandlung über eine erbrechtliche Universalklage überhaupt eintreten konnten.

Als gewiß glauben wir es dabei betrachten zu dürfen, daß die Einführung der bonorum possessio und des Quorum bonorum unter der ausschließlichen Herrschaft des Legisactionenverfahrens erfolgt ist.

Die altherkömmliche Form der hereditatis petitio in jenem Verfahren war die legis actio sacramento in rem. Die litis contestatio aus dieser Klage setzte nach der herrschenden und gewiß richtigen Ansicht die contravindicatio des Belangten voraus, m. a. W. die Geltendmachung des eignen Erbrechts von dessen Seite durch Gegenangriff: in dieser Form war die hereditatis petitio stets und nothwendig ein iudicium duplex zwischen zwei Erbprätendenten. [4]) Ob übrigens die contravindicatio in gutem oder

3a) Hinsichtlich der dritten Clausel s. Ziffer 5 zu N. 95 ff., hinsichtlich der vierten Ziffer 6.

4) Die nähere Ausführung hiervon wird zu Titel 17 dieses Buches folgen. Einstweilen sei verwiesen auf die Anzeige von Maschke der Freiheitsproceß im klassischen Alter-

in schlechtem Glauben erfolgte, war für die Statthaftigkeit der legis actio gleichgültig; thatsächlich jedoch wird der mit der ersten vindicatio Angegriffene, wenn er sich in bösem Glauben befand, aus Furcht vor der poena sacramenti die Contravindication meist unterlassen haben.[5]) Behauptete der mit der vindicatio hereditatis Angegriffene seinerseits Erbrecht in Beziehung auf die ihm streitig gemachten Sachen nicht, wohl dagegen Eigenthum daran aus einem Singulartitel, so verweigerte der Magistrat seine Mitwirkung zur legis actio in hereditatem, indem er den Angreifer auf die specialis rei vindicatio verwies. Ein Besitzer angeblicher Nachlaßsachen aber, welcher weder der ihm drohenden vindicatio hereditatis eine contravindicatio entgegensetzen wollte, noch auch seinen Besitz auf einen Singulartitel stützte, wurde ohne weiteres genöthigt, diesen Besitz dem Gegner einzuräumen.[5a]) Somit war schon in ihrer ältesten

thum in Göttingische gelehrte Anzeigen 1888 Nr. 9 S. 379 ff.

5) Wenn Leist in diesem Commentar Serie der Bücher 37 und 38 Thl. 1 S. 239 zu N. 45 und N. 45 den Contravindicanten pro herede possessor nennt, so darf dabei nicht vergessen werden, daß diese Bezeichnung weder quellenmäßig ist, noch sachlich genau erscheint. Denn es war so wenig zu der hereditatis petitio als zur rei vindicatio per legis actionem sacramento in rem nothwendig, daß der mit der ersten vindicatio Angegriffene Besitzer war: „es genügte, daß das streitige Object in iure gestellt werden konnte, um den Vindicationsritus daran zu vollziehen, sei es, daß der Kläger selbst besaß, oder daß er vom Besitzer die Exhibition erlangen konnte." Schlesinger kritische Vierteljahrsschrift Bd. 7 S. 472.

5a) Vermuthlich diente zur Erzwingung dieser Besitzübertragung auch hier schon frühzeitig das interdictum Quam hereditatem. Ulp. fragm. Vindob. §. 4 Kr. Wenigstens sehe ich keinen Grund, mit v. Bethmann-Holl-

Gestalt die hereditatis petitio auch gegen einen solchen Besitzer mit Erfolg anwendbar;[5b]) allein jenem blieb die Einlassung auf die Klage versagt und damit die Befugniß, von dem als heres auftretenden Gegner den Nachweis seines angeblichen Rechtes zu verlangen: es kam m. a. W. hier zu einem iudicium nicht.

Dies erlitt eine eingreifende Veränderung durch Einführung der bonorum possessio. Wer kraft Ertheilung derselben den Besitz von Nachlaßstücken innehatte, konnte nicht füglich gezwungen werden, diesen Besitz lediglich deshalb fahren zu lassen, weil er weder eine contravindicatio hereditatis vornehmen wollte, noch auch sich auf einen Singulartitel berief. Ebenso wenig würde es angemessen gewesen sein, hätte der Prätor, wenngleich nur der Form nach, zwecks der Vindicienregulirung den nämlichen Besitz von Nachlaßstücken wiederum seiner Verfügung unterworfen, welchen er kraft Ertheilung der bonorum possessio dem gegenwärtigen Beklagten zugewiesen hatte. War demnach die hereditatis petitio in der Form der legis actio sacramento in rem gegenüber dem bonorum possessor unzulässig, so mußte ihm gegenüber der Prätor für den angeblichen heres ein neues Verfahren erfinden. Eben dieses Verfahren ist das agere de hereditate per sponsionem:[6])

weg röm. Civilproceß Bd. 2 §. 106 S. 568 f. zu N. 58 dasselbe erst neben den Formularproceß zu stellen.

5b) Vgl. Arndts Beiträge S. 31 f. (gesammelte Civilistische Schriften Bd. 2 S. 333 f.). Rechtslexikon Bd. 5 S. 210 f. (ges. Civil. Schr. Bd. 2 S. 281 f.). Francke exegetisch-dogmatischer Commentar über den Pandectentitel de Hereditatis Petitione S. 144 f. Leist a. a. O. S. 239 N. 45.

6) Cic. in Verr. act. II, lib. I, 45, 115. Ps. Ascon. ad h. l.

es ging seinem Wesen nach nur gegen den bonorum possessor. [7])

Der Prätor hat also die Passivlegitimation für den neuen Rechtsbehelf des bonorum possessor weder derjenigen für die alte Universalklage zwischen zwei Prätendenten der hereditas, noch derjenigen für die gleichzeitig mit der bonorum possessio geschaffene Universalklage des heres gegen den bonorum possessor nachgebildet: weder das Eine noch das Andere würde dem Zwecke jenes neuen Rechtsbehelfes entsprochen haben.

2. Anderseits aber lautete das Interdict auch nicht unbestimmt:

quod de his bonis possides, — — id illi restituas.

Mithin lag auch die Richtung des Interdicts gegen jeden Besitzer von Nachlaßsachen, welche mit einer derartig allgemein gehaltenen Fassung gegeben gewesen wäre, nicht in der Absicht des Edicenten.

Haften sollte dem Quorum bonorum vielmehr nur ein possessor pro herede oder pro possessore.

Wer unter beiderlei Besitzern zu verstehen ist, sagt uns *Gai.* IV, 144:

pro herede autem possidere videtur tam is, qui heres

7) Ps. Ascon. l. c. und dazu die N. 4 angeführte Anzeige S. 380 f. — Damit ist zugleich die von Leist a. a. O. S. 239 N. 45 offen gelassene Frage beantwortet, wie man sich rücksichtlich der beklagtischen Behauptung: hereditatem meam esse in der spätern Verwendung der legis actio bei den Centumvirn (Gai. IV, 31) geholfen habe, bei denen doch wohl in der classischen Zeit die Klage auch gegen den possessor pro possessore zugestanden worden sei: die letztere Annahme ist eben falsch; die Richtung des agere per sponsionem wider den possessor pro herede war auf den bonorum possessor beschränkt.

est, quam is, qui putat, se heredem esse; pro possessore is possidet, qui sine causa aliquam rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens, ad se non pertinere, possidet.

Danach gilt zur Zeit des Gaius unzweifelhaft als possessor pro herede einerseits der wirkliche heres, welcher Nachlaßsachen besitzt, anderseits derjenige Besitzer von Nachlaßsachen, welcher zwar nicht wirklich heres ist, sich jedoch für solchen hält.

Diese Begriffsbestimmung ist indessen schwerlich erschöpfend. Sicherlich galt von Anfang an dem Quorum bonorum gegenüber als possessor pro herede auch derjenige Besitzer körperlicher Nachlaßstücke, welcher die edictsmäßigen Voraussetzungen der vom Impetranten beanspruchten bonorum possessio aus dem Grunde bestritt, weil er selbst bonorum possessor zu sein meinte.[8] Hierfür besitzen wir wenigstens ein mittelbares Zeugniß in denjenigen Quellenaussprüchen, welche den wirklichen oder vermeintlichen bonorum possessor gegenüber der hereditatis petitio in der formula petitoria als possessor pro herede anerkennen:[9] denn die Passivlegitimation des Besitzers für diese Klage ist ohne Zweifel derjenigen für das ältere Quorum bonorum nachgebildet.

8) Die bloße Agnition gewährte die bonorum possessio nicht; es mußten die edictsmäßigen Voraussetzungen derselben vorliegen. l. 1 Cod. quor. bon. 8, 2 v. J. 197.

9) L. 11 pr. i. f. D. de H. P. 5, 3 (Ulp. lib. 15. ad ed.): — sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere. l. 20 §. 13 eod. (Id. eod.): Licet autem senatus (s. g. senatus consultum Iuventianum v. J. 129 n. Chr. l. 20 cit. §. 6) de his locutus sit, qui se heredes existiment, tamen et si bonorum possessores se existiment vel alios successores iustos vel sibi restitutam hereditatem, in eadem erunt condicione.

Demnächst kam, wie es wiederum für die hereditatis petitio per formulam petitoriam bezeugt ist, [10]) die Stellung des possessor pro herede auch dem wirklichen oder vermeintlichen Universalfideicommissar ex Trebelliano senatus consulto zu; ferner demjenigen, welchem der Nachlaß als bona vacantia, [11]) caduca oder erepticia [12]) wirklich oder vermeintlich angefallen war, sowie demjenigen, der einen derartigen Nachlaß vom Fiscus gekauft hatte, [13]) — kurzum einem jeden Besitzer von Nachlaßsachen, welcher Universalsuccessor des Erblassers war oder doch zu sein glaubte.

Uebrigens bestand ein wichtiger Unterschied der Behandlung zwischen demjenigen, welcher sich für den edictsmäßigen bonorum possessor hielt, und demjenigen, welcher seinen Besitz von Nachlaßsachen mittels einer andern, und zwar endgültigen, Universalsuccession zu rechtfertigen suchte. Der Erstere bestritt, wie bereits erwähnt, die Edictsmäßigkeit der klägerischen bonorum possessio gerade kraft seines eignen Anspruchs. Demnach konnte über jene gar nicht

10) L. 20 §. 13 D. de H. P. 5, 3 cit. v.: — vel sibi restitutam hereditatem. S. auch l. 1 Cod. de in off. test. 3, 28 (Sever. et Anton. 193): — non est iniquum, — ut perinde fideicommissarius teneatur, ac si pro herede aut pro possessore possideret, — letzteres nämlich, wenn er wissentlich aus einem nichtigen Testamente sich die Erbschaft hat restituiren lassen. Francke a. a. O. S. 139 N. 3.

11) Vgl. l. 10 Cod. de inoff. test. 3, 28.

12) Vgl. l. 20 §. 13 D. de H. P. 5, 3 cit. v.: — vel alios successores iustos. Vgl. l. 20 cit. §. 6 eod.: v. — antequam partes caducae ex bonis Rustici fisco peterentur. Ulp. fragm. I, 21. l. 5 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6. — L. 18 pr. §. 1 D. de his, quae ut indign. 34, 9.

13) Arg. l. 54 pr. D. de H. P. 5, 3.

entschieden werden, ohne daß zugleich über diesen rechtskräftig mit abgeurtheilt wurde.[14]) Der Andre dagegen hätte die Edictsmäßigkeit des klägerischen Anspruchs auf den vorläufigen Besitz von Nachlaßsachen überhaupt nicht zu bestreiten brauchen, vielmehr ohne weiteres die Thatsache geltend machen können, daß sein eignes Recht als endgültiges dem blos vorläufigen Anspruche des Klägers vorgehe. Nun haben wir im ersten Theile dieser Serie des vorliegenden Commentars dargelegt, daß für denjenigen, der sich auf das Quorum bonorum einließ, die Vertheidigung mit dem civilen Erbrechte stets unzulässig war. Anfangs konnte der Interdictenkläger auch dann, wenn er den Gegner unumwunden als heres anerkannte, von demselben einstweilen die Herausgabe der Nachlaßsachen erzwingen. Deshalb ließ sich vom Standpuncte des alten Rechtes in unbedingter Allgemeinheit sagen, das Quorum bonorum gehe gegen einen solchen Besitzer von Nachlaßsachen, welcher wirklich heres ist. Und es darf uns nicht wundernehmen, daß Gaius IV, 144 diese alte Schulregel einfach überliefert: ließ sie sich doch in gewissem Sinne auch zu seiner Zeit immerhin noch aufrecht erhalten. Freilich wurde damals gemäß dem Gedanken: dolo facit, qui petit, quod redditurus est, in jedem Falle, wenn der Besitzer von Nachlaßsachen gegenüber der gegnerischen Bitte um das Quorum bonorum die Frage nach dem endgültigen Nachfolgerechte aufwarf, das Interdict versagt, und der klagend auftretende bonorum possessor auf die hereditatis petitio possessoria verwiesen.[15]) Gleichwohl konnte auch derjenige Impetrat, welcher sich durchaus imstande fühlte, sein endgültiges Erbrecht nachzuweisen, nicht gehindert werden, sich auf das

14) S. die gegenwärtige Serie dieses Commentars Thl. 1 §. 1835 Ziffer 16 S. 111 zu N. 40a.

15) S. a. a. O. §. 1835 Ziffer 16—23 S. 110—152.

Interdict einzulassen. That er dies, so verzichtete er eben damit für die Dauer dieses Rechtsstreites zugleich auf die Geltendmachung jenes seines Rechtes; dessen Erwähnung im Interdictenstreite hatte keinen weitern Zweck, als die Art seiner Passivlegitimation für denselben zu kennzeichnen: nicht das Dasein jenes Rechtes war das Maßgebende, sondern nur sein Glaube daran. Und so erklärt es sich wohl, daß Justinian in §. 3 J. de interdictis 4, 15 aus der von Gaius überlieferten Begriffsbestimmung des possessor pro herede die Worte „tam is, qui heres est, quam is" ausläßt und dieselbe auf ein einfaches „qui putat se heredem esse" beschränkt. Vielleicht nahm er damit nur eine Berichtigung auf, welche bereits die nachgaianische Jurisprudenz der alten Schuldefinition hatte angedeihen lassen.[15a])

Was aber konnte den possessor pro herede bestimmen, anstatt durch Geltendmachung seines endgültigen Erbrechts sein Verhältniß zum angeblichen bonorum possessor in einem einzigen Rechtsstreite zum Austrage zu bringen, sich einstweilen auf das Quorum bonorum einzulassen? Unter allen Umständen wäre dies ein arger Mißgriff gewesen, wofern der Besitzer nicht mit voller Sicherheit auf das Mißlingen des dem Impetranten obliegenden Nachweises rechnen durfte, daß die von Letzterm beanspruchte bonorum possessio edictsmäßig sei. Dagegen möchte man meinen, daß da, wo jene Rechnung gut begründet war, die Geltendmachung des endgültigen Erbrechts zwar überflüssig,

15a) Wenn Ferrinis Vermuthung über die Entstehung der dem Theophilus zugeschriebenen Paraphrase der Institutionen richtig ist (s. unten Ziffer 4 N. 53), so unterstützt die Paraphrase ad §. 3 J. de interd. 4, 15 die Ansicht des Textes, indem sie sagt: *Καὶ τίς ἐστι* pro herede; *ὁ νομίζων ἑαυτὸν εἶναι κληρονόμον.*

indessen völlig unbedenklich hätte erscheinen müssen, folglich kaum je unterblieben, und es somit gegenüber dem vermeintlichen heres nicht leicht zum Quorum bonorum, sondern fast ausschließlich zur hereditatis petitio possessoria gekommen sei. Die entgegengesetzte Thatsache, welche wir mit Sicherheit den Worten des Gaius (IV, 144) entnehmen dürfen, erklärt sich aus den processualischen Vortheilen, welche das Interdictenverfahren dem siegesgewissen Beklagten bot. Die hereditatis petitio nämlich war als ordinaria actio an den rerum actus gebunden, ohne daß sie jedoch dem Sieger für den damit gegebenen Aufschub der Entscheidung eine Genugthuung gewährte. Gegenüber dem Quorum bonorum dagegen als einem restitutorischen Interdicte konnte der Impetrat entweder durch ungesäumtes Erbitten eines arbiter die Entscheidung sofort herbeiführen, oder mittels des, freilich wie die hereditatis petitio an den rerum actus gebundenen, Sponsionsverfahrens für den Fall seiner Freisprechung die summa restipulationis erlangen.

Mit dem Untergange des ordo iudiciorum hatte der processualische Gegensatz zwischen Quorum bonorum und hereditatis petitio allerdings wesentlich an Erheblichkeit verloren; solange indessen für die Klagen ex causa interdicti noch die eine oder andre Beschleunigung bestand, ist er niemals ganz bedeutungslos geworden.

3. Die Begriffsbestimmung, welche Gai. IV, 144 cit. von dem possessor pro possessore gibt, wird eine unbefangene Auffassung in erster Reihe auf jeden beziehen, der mit dem Bewußtsein seiner Nichtberechtigung besitzlose Nachlaßsachen eigenmächtig in Besitz genommen hat. Wenn von irgend jemanden, kann man gerade von ihm sagen: sine causa aliquam rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens, ad se non pertinere, possidet.

Die bekannte Thatsache, daß ein solcher bösgläubiger

Occupant besitzloser Nachlaßsachen dieselben pro herede usucapiren konnte, sie also in anderm Sinne pro herede besaß,[16]) vermag die hier fragliche Bedeutung des possessor pro possessore ebenso wenig umzustoßen, als etwa die Bedeutung des Ausdrucks „vis“ beim interdictum Unde vi durch die umfassendere Bedeutung des nämlichen Ausdrucks beim interdictum Quod vi aut clam beeinflußt wird.

Ist aber bei Gaius die zweifache Bedeutung des Ausdrucks „possessor pro herede“ unbestreitbar,[17]) so läßt sich auch die Möglichkeit nicht bestreiten, daß diese doppelte Bedeutung bereits seit der Zeit gegolten habe, seit welcher neben der pro herede usucapio das Quorum bonorum bestand. Insbesondere scheint uns kein Grund dafür zu sprechen, daß auch beim Quorum bonorum jeder mala fide pro herede Usucapirende ursprünglich als possessor pro herede betrachtet und erst infolge des s. g. senatus consultum Iuventianum als possessor pro possessore aufgefaßt worden sei. Allerdings halten auch wir mit Leist[18]) es für höchst wahrscheinlich, daß eben jenes das bei Gai. II, 57[19]) erwähnte, ex auctoritate D. Ha-

16) Gai. II, 52: Rursus ex contrario accidit, ut, qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat, veluti si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit; nam ei concessum [*est usu*] capere, si modo ea res sit, quae recipit usucapionem; quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur.

17) Dies erkennt auch Leist an a. a. O. S. 250 f.

18) A. a. O. S. 252.

19) Sed hoc tempore *i*am non est lucrativa. nam ex *a*uctoritate Hadriani senatus consultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur — vbd. mit l. 20 §. 6 D. de H. P. 5, 3: consules verba fecerunt de his, quae imperator Caesar — Hadrianus — proposuit. Die

driani ergangene, senatus consultum ist, nach welchem die pro herede bereits usucapirten Sachen auf die hereditatis petitio ebenso herausgegeben werden sollten, wie dies nach der Fassung des Quorum bonorum von jeher geschah. [19a]) Allein diese Vorschrift beschränkte sich weder auf

gegen die Gleichstellung des bei Gai. II, 57 erwähnten Senatusconsults mit demjenigen in l. 20 §. 6 vorgebrachten Bedenken scheinen mir nicht entscheidend. Freilich bezog sich letzteres zunächst auf die vindicatio caducorum für den Fiscus, während der Bericht des Gaius von einer derartigen Beschränkung schweigt. Allein die römische Jurisprudenz hat unleugbar das Senatusconsult v. J. 129 ohne Beachtung jener Beschränkung auf jede petitorische Universalklage wegen eines Nachlasses angewandt. Und wenn das, was Gaius über den Inhalt des von ihm erwähnten Senatusconsults berichtet, den Inhalt des in l. 20 §. 6 wörtlich mitgetheilten nicht deckt, so erklärt sich das ganz einfach aus dem Zusammenhange, in welchem Gaius seinen Bericht bringt: es kam ihm nur darauf an, daß durch das von ihm gemeinte Senatusconsult tales usucapiones revocantur; ob dasselbe noch Anderes vorschreibe, ja, ob jene Vorschrift darin ausdrücklich ausgesprochen sei oder nur aus dem allgemeinen Inhalte des Gesetzes sich ergebe, konnte ihm gänzlich gleichgültig sein. Uebrigens ist es auch recht gut denkbar, daß das Senatusconsult v. J. 129 ausdrücklich von der revocatio der usucapio pro herede geredet hat: wenn dies nämlich der Fall gewesen sein sollte, so hätten die Compilatoren die Erwähnung dieser längst verschwundenen Usucapion ausmerzen müssen. A. M. z. B. Dernburg über das Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen S. 19 N. 20. Brinz Lehrbuch der Pandekten 2. Aufl. Bd. 1 S. 623 N. 41. Lammfromm Beiträge zur Geschichte der Erbschaftsklage Tübingen 1887 S. 35.

19a) S. unter Ziffer 5 zu N. 95 ff.

die usucapio pro herede des malae fidei possessor,[19b]) noch hat sie die usucapio pro herede als solche beseitigt,[20]) nicht einmal für den bösgläubigen Occupanten. Folgeweis blieb diese Usucapion immer noch „positives geltendes Recht.“ So gut aber nach Gai. IV, 144 der bösgläubige Occupant, wiewohl er auch jetzt noch pro herede usucapirte, dennoch sine causa rem sciens, ad se non pertinere, possidebat, so gut ist dies von jeher der Fall gewesen: die bösgläubige Occupation von Nachlaßsachen ist niemals als iusta causa possessionis anerkannt worden, wie die durch sie begründete condicio pro herede usucapiendi sicherlich niemals unter dem Schutze der Publiciana in rem actio gestanden hat. — Richtig nicht minder ist die von Leist[21]) betonte Thatsache, daß Gaius (IV, 144) in der Begriffsbestimmung des possessor pro possessore beim Quorum bonorum in den Worten: sciens, ad se non pertinere — der nämlichen Redewendung sich bedient, welche jenes sena-

19b) S. v. Vangerow Lehrbuch der Pandekten Bd. 1 §. 320 Anm. 1 unter 2b 7. Aufl. S. 595.

20) Wie es behauptet Francke a. a. O. S. 166 N. 4. Die Begründung dieser Behauptung mit Gai. II, 58 und III, 201, wonach die usucapio pro herede blos noch herede necessario exstante stattfindet, ist mit der richtigen Lesung jener Stellen (necessario tamen herede exstante nihil ipso iure pro herede usucapi potest, — necessario herede exstante placuit nihil pro herede usucapi posse) von selbst hingefallen. — Von „dinglicher Rescission“ der usucapio pro herede redet Lammfromm a. a. O. S. 34; sofern damit etwa dasselbe gemeint ist, was v. Savigny und Leist von der s. g. Rescissionsclausel des Quorum bonorum meinen, gilt das gegen diese Gesagte auch gegen Lammfromm. S. unter Ziffer 5 zu N. 90 ff.

21) A. a. O. S. 250 ff.

tus consultum hinsichtlich der hereditatis petitio gebraucht.[22]) Aber diese Redewendung bietet sich für den fraglichen Begriff so unmittelbar dar, daß ihre Benutzung bei Gaius durchaus nicht berechtigt, auf eine Entlehnung aus dem senatus consultum zu schließen. Ja, wenn wir gemäß der bekannten Zähigkeit der römischen Schulüberlieferung die fragliche Begriffsbestimmung bei Gaius als eine alte betrachten dürfen, so ließe sich mit fast noch größerer Wahrscheinlichkeit umgekehrt vermuthen, daß das senatus consultum jenen Ausdruck dieser alten Schuldefinition entnommen habe.

Für entschieden falsch aber müssen wir die Unterscheidung halten, mittels deren Leist[23]) die bösgläubigen Occupanten besitzloser Nachlaßsachen für die Zeit vor dem senatus consultum Iuventianum in possessores pro herede einerseits und possessores pro possessore anderseits sondert. Leist meint nämlich, zum Zugreifen zwecks der usucapio pro herede sei nur derjenige legitimirt gewesen, der wie ein Erbe auftrat, also pro herede sich gerirte, der velut heres sein wollte und demgemäß denn auch die Consequenzen des Erbeseins, das Schuldenzahlen und Sacraprästiren, auf sich nahm. Auch nachdem die pro herede usucapio zur Erbsachenersitzung herabgesunken, sei die Voraussetzung dieses besondern animus stets unverändert festgehalten worden. Der Occupant habe wie ein Erbe auftreten oder contendere se heredem esse müssen. Wer dagegen der Gefahr habe entgehen wollen, für den Fall, wenn sich kein Erbe fände, und bei ihm, dem Besitzer, plurimum pecuniae ermittelt würde, zu den sacra heran-

22) L. 20 §. 6 c. l. 25 §§. 2 sq. D. de H. P. 5, 3: „Item eos, qui bona invasissent, quae scirent ad se non pertinere.“

23) A. a. O. Thl. 1 S. 216 ff. S. 243.

gezogen zu werden,[24]) der habe bei der Besitznahme von Erbschaftssachen nur offen erklären müssen, sich nicht pro herede geriren und also auch nicht pro herede usucapiren zu wollen: er sei dann eben possessor pro possessore geworden. — Ganz abgesehen von der Frage, an wen eine „offene Erklärung" derart hätte gerichtet werden sollen, würde der Inhalt dieser Erklärung in geradem Widerspruche zu dem gesetzgeberischen Gedanken gestanden haben, welcher die usucapio pro herede noch in ihrer jüngern Gestalt rechtfertigt, nämlich zu dem Zwecke, eine eventuelle Haftung für die sacra zu begründen. Wer mit dem Bewußtsein, hereditatem ad se non pertinere, besitzlose Nachlaßsachen occupirt, besitzt dieselben in Rücksicht auf die pro herede usucapio stets pro herede; gegenüber dem bonorum possessor ist er unterschiedslos possessor pro possessore.

Demgemäß glauben wir auch die l. 12 D. de H. P. 5, 3 verstehen zu müssen, welche ihrer Inscription (Ulp. lib. 67. ad ed.) zufolge in ihrem ursprünglichen Zusammenhange auf den possessor pro possessore beim Quorum bonorum sich bezog.[25]) Sie lautet:

> [*Pro possessore vero possidet praedo,*] qui interrogatus cur possideat, responsurus sit „quia possideo" nec contendet se heredem vel per mendacium.

Nach Francke[26]) und Leist[27]) bezeichnen die Schlußworte den pro possessore possessor als jemanden, der „selbst nicht durch eine Lüge wagt, sich als Erben aus-

24) Cic. de legib. II, 14. 48: tertio loco, si nemo sit heres, is, qui de bonis, quae eius fuerint, quom moritur, usu ceperit plurimum possidendo.

25) Lenel ed. perp. S. 361 N. 16; Palingenesia S. 801 Nr. 1463.

26) Commentar ad h. l. S. 140 unter 1.

27) In diesem Commentar Thl. 1 S. 238. S. 257 ff.

zugeben.“ Wir übersetzen vielmehr mit Fitting:[28]) „Pro possessore besitzt, wer gar nicht behauptet, Erbe zu sein, oder es doch nur mittels einer Lüge behauptet.“

Es mag dahingestellt bleiben, ob Ulpian, wenn er erstern Gedanken ausdrücken wollte, statt des „vel“, wie Fitting annimmt, hätte sagen müssen: „ne (per mendacium) quidem;“ umgekehrt jedoch vermögen wir nicht zuzugeben, daß, wie Leist[29]) glaubt, die Nichtwiederholung des Verbum (contendet) nach „vel per mendacium“ zeige, dieser Ausdruck beziehe sich nicht als „oder“ auf „qui“ zurück, sondern sei im Sinne von „sogar“ von der Negation im „nec“ beherrscht, mithin als „ne — quidem“ aufzufassen. Lösen wir nämlich das „nec“ in „et non“ auf, so wird es sich schwerlich bestreiten lassen, daß das fragliche „vel“ grammatisch recht füglich „oder“, „oder vielmehr“ bedeuten kann.

Freilich haben die Basiliken[30]) und ihre Scholien[31]) das nec contendet — vel per mendacium in dem von uns angefochtenen Sinne aufgefaßt. Allein so wichtig diese Bearbeitungen der justinianischen Rechtsbücher für die Fest-

28) Arch. für die Civil. Prax. Bd. 52 S. 242 f. N. 150.

29) A. a. O. S. 259.

30) XLII, 1, 12: *Ὃς ἐρωτώμενος· διὰ τί νέμῃ; ἀποκρίνεται λέγων, ὅτι νέμομαι καὶ οὔτε ψευδόμενος ἑαυτὸν κληρονόμον εἰπών·*

31) Ad XLII, 1, 11: *πρὸ ποσσέσσορε δὲ νέμεται ὁ πραέδων, τουτέστιν ὁ ἰταμός τε καὶ ἀναιδὴς, ὃς ἐρωτώμενος, διὰ τί νέμεται, ἀπόκρισιν ποιεῖ τὴν πεῦσιν καὶ φησιν, ἐπειδὴ νέμομαι, καὶ οὔτε φιλονεικεῖ οὔτε ἀνέχεται κληρονόμον οὐδὲ κἂν ψεῦδος εἰπεῖν ἑαυτόν.* ad XLII, 1, 12 i. f. (Heimb. tom. IV p. 194): *πρὸ ποσσέσσορε νέμεται ὁ πραέδων. ὃς οὔτε ψευδόμενος λέγει ἑαυτὸν κληρόνομον οὔτε ἄλλην αἰτίαν προΐσχεται κτλ.*

stellung zweifelhafter Lesarten in jenen sind, so wenig können sie für die Auslegung ihrer classischen Fragmente als Auctorität gelten, geschweige als „eine sehr bedeutende," wie Leist [32]) meint. Denn selbst die ältesten Scholien beruhen nicht auf einer ununterbrochenen Ueberlieferung der römischen Jurisprudenz. Sie bekunden also höchstens diejenige Auffassung, welche man bald nach Fertigstellung der Compilation von den in diese aufgenommenen Bruchstücken hegte. Und diese Auffassung kann sehr wohl abhängig sein von der mehr oder minder zufälligen Behandlung, welche das einzelne Bruchstück in der Compilation erlitten hat. Irre ich nicht, so trifft das gerade auch bei unserer l. 12 zu. Dieselbe ist eingeschoben in die Erörterung des Begriffs „possessor pro possessore", welche Ulpian im 15. Buche seines Edictscommentars für die hereditatis petitio gegeben hat, und welche von den Compilatoren als l. 11 §. 1 D. de H. P. 5, 3 und l. 13 pr. eod. unter Streichung der Satzverbindung auseinandergeschnitten worden ist. [32a]) In l. 11 §. 1 cit. heißt es: Pro possessore — possidet praedo; und dieser Ausdruck wird in l. 13 pr. erläutert: [qui] nec ullam causam possessionis possit dicere. Das besagt nichts Anderes, als daß der possessor pro possessore, gemäß dem Thatbestande, d. h. wenn er die Wahrheit reden wolle, außerstande sei, einen rechtmäßigen Grund seines Besitzes anzugeben, [32b]) stimmt also völlig überein mit Gai. IV, 144: qui sine causa sciens ad se non pertinere possidet. Sachlich genau das Gleiche hat l. 12 eod. ursprünglich vom possessor pro possessore beim Quorum bonorum gesagt.

32) A. a. O. S. 258. Für entscheidend hält sie auch Windscheid Pand. Bd. 3 §. 614 N. 4 6. Aufl. S. 272.

32a) Vgl. auch Leist a. a. O. S. 260 ff.

32b) Vgl. Demelius die Confessio im römischen Civilproceß S. 343.

Ein derartiger Besitzer kann freilich recht wohl auf die hereditatis petitio und auf das agere aus dem Quorum bonorum sich einlassen, ohne seinerseits Universalsuccession zu behaupten:[33]) es genügt dazu, daß er die Universalsuccession des Gegners bestreitet.[33a]) Allein außer seinem Gewissen, das ihn doch nicht gehindert hat, trotz dem Bewußtsein seiner Nichtberechtigung ohne Rechtsgrund fremde Nachlaßsachen eigenmächtig in Besitz zu nehmen, — giebt es nichts, was ihm wehren könnte, lügenhaft sich selbst für den berechtigten Universalsuccessor auszugeben. Seine rechtliche Lage verschlechtert er dadurch in keiner Weise; und deshalb wird er es schon des guten Scheines wegen selten unterlassen. — Nun jedoch ist die l. 12 so ungeschickt mit den beiden anderen Stellen verbunden, daß es den Anschein hat, als bezeichneten die, ihrem ursprünglichen Sinne nach völlig gleich bedeutenden, Sätze:

1) nec contendet se heredem vel per mendacium
und
2) nec ullam causam possessionis possit dicere —

33) Die Berufung auf einen Singulartitel dagegen war im classischen Rechte auch gegenüber dem Quorum bonorum ein Versuch, der erbschaftlichen Universalklage zu entgehen. S. unten Ziffer 4. Der Erfolg des agere aus diesem Interdicte setzte voraus, daß Kläger nachwies, jener Titel sei eben nur erlogen.

33a) L. 42 D. de H. P. 5, 3, nach welcher der Erbschaftsschuldner der hereditatis petitio nicht haftet, wenn er, ohne sich selbst für den Erben auszugeben, das Erbrecht des Gegners bestreitet, begründet in Wahrheit ein Bedenken hiergegen nicht: man kann von ihm nicht sagen, daß er pro possessore besitze, — und das würde zu seiner Passivlegitimation für die hereditatis petitio gehören, da er selbst ja nicht Erbe zu sein behauptet, also jedenfalls nicht pro herede besitzt. Brinz Pandekten 2. Aufl. Bd. 3 §. 400 N. 51 S. 225.

verschiedene Voraussetzungen der possessio pro possessore, welche im Einzelfalle sich neben einander finden müßten. Während hierbei der zweite Satz seine Beziehung auf die Sachlage behält, ist der erste kaum anders zu verstehen, als von dem Verhalten des Beklagten. Zugleich aber legt das „nec — nec“ es nahe, obschon dasselbe dazu nicht zwingt, die Verneinung aus dem ersten „nec“ auf den zwischen beide „nec“ eingefügten Redetheil „vel per mendacium“ zu übertragen. Damit ergiebt sich dann in der That die Auffassung der Basiliken. Wie sehr dieselbe jedoch irre geht, erhellt unmittelbar daraus, daß nach ihr der zweite Satz nicht nur ganz müssig, sondern geradezu schief ist. Denn wenn nach ihr jemand, der wissentlich ohne Rechtsgrund besitzt, zum possessor pro herede wird, sobald er sich lügenhaft für den heres ausgiebt,[34]) so ist es für den Begriff des possessor pro possessore schlechterdings gleichgültig, daß jener gemäß der Sachlage sich für den heres nicht ausgeben darf: das Entscheidende liegt lediglich darin, ob er es thut.[35])

Bedenklicher für die hier vertheidigte Ansicht, wonach auch derjenige malae fidei possessor, welcher sich für den Erben ausgiebt, possessor pro possessore ist, scheint allerdings l. 11 pr. D. de H. P. 5, 3:

(*Ulp.* lib. 15. ad ed.) Pro herede possidet, qui putat

34) Leist a. a. O. S. 236.

35) Dies hat Leist a. a. O. S. 237 f. richtig erkannt. Er will deshalb die Worte: nec ullam causam possessionis possit dicere unter Berufung auf l. 25 §§. 2 sq. D. de H. P. 5, 3 einfach im Sinne von „malae fidei possessor oder praedo sein“ verstehen. Aber daß der possessor pro possessore ein praedo ist, war ja schon in l. 11 §. 1 cit. gesagt. Wozu also die irreführende Wiederholung, die doch ohne Zweifel von Ulpian herrührt?

se heredem esse . sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur: et ***Arrianus*** libro secundo de interdictis putat teneri, quo iure nos uti ***Proculus*** ait . sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere.

Denn hier scheint ganz unzweideutig gesagt zu sein, daß auch ein malae fidei possessor pro herede besitze. Und ohne Zweifel ist dieser Ausspruch, welcher sich der Inscription zufolge zunächst auf die hereditatis petitio bezieht, um so mehr auch vom Quorum bonorum zu verstehen, als seine Begründung mittels einer Aeußerung des Arrianus[36]) aus dessen zweitem Buche de interdictis es nicht unwahrscheinlich macht, daß er umgekehrt vom Quorum bonorum[37]) auf die hereditatis petitio übertragen worden ist.

Indessen leuchtet unmittelbar ein, daß unsre l. 11 pr. jedenfalls nicht in ganzer Unbedingtheit verstanden werden darf: wenn jeder, qui scit heredem non esse, gleichwohl pro herede besäße, so würde der Begriff des possessor pro possessore völlig inhaltslos sein. Irgend eine Beschränkung des Ausspruchs, der hiernach also in der That nur scheinbar ein allgemeiner ist, muß hiezu verstanden werden.

Francke[38]) ergänzt nun: „falls er nämlich behauptet,

36) Eines Juristen von unbekanntem Alter. Vgl. Francke Commentar S 138 N 1. Karlowa römische Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 702 f. Krüger Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts S. 172 zu N. 72 ff.

37) Eben von diesem handelte Arrian an jener Stelle vermuthlich. Lenel palingenesia I p. 69 n. 2.

38) A. a. O. S. 138. Er tadelt deshalb die Ausdrucksweise Ulpians, der zu Anfang der Stelle hätte präciser sagen müssen: „pro herede possidet, qui se dicit heredem,“

Erbe zu sein.“ [39]) Geboten wird diese Ergänzung allerdings kraft derjenigen Auffassung der l. 13 pr. D. de H. P. 5, 3, welche das „nec contendet se heredem vel per mendacium“ so versteht, als ob auch der bösgläubig sine causa Nachlaßsachen Besitzende nur dann possessor pro possessore sei, wenn er „selbst nicht durch eine Lüge wagt, sich als Erben auszugeben.“ [39a]) Sobald jedoch diese Auffassung sich als unhaltbar erweiset, fällt auch jene, an sich ganz willkürliche, Ergänzung.

Die Glosse giebt ad v. *non esse* vier Erklärungsversuche unsrer l. 11 pr. Sie sagt:

1) Scilicet ex testamento vel ab intestato de iure antiquo . credit tamen se heredem ex constitutione aliqua, ut quia sit nepos [40]) filius sororis: ut supra eod. l. 3 §. fin. et quod subiicit, putat teneri, scilicet quasi pro herede possideat. 2) Vel dic, quod

meint übrigens, ein derartiger Mangel an Präcision des Ausdrucks finde sich bei Ulpianen öfter. Leist a. a. O. S. 235 f. hält diesen Tadel für nicht gerechtfertigt, da Ulpian in dieser Stelle offenbar nicht definiren, sondern aufzählen wolle. Ihm stimmt zu Brinz Pandekten 2. Aufl. Bd. 3 §. 400 S. 224 N. 49.

39) Zustimmend Leist a. a. O. S. 236 unter 2 und S. 256; Brinz a. a. O. S. 224 N. 49. Windscheid Pandekten Bd. 3 §. 614 N. 3 6. Aufl. S. 271.

39a) Es ist daher selbstverständlich, daß dieselbe Ergänzung sich im Scholion ad Basil. XLII, 1, 11 findet: *ἄρα δὲ καὶ ὁ εἰδὼς ἑαυτὸν μὴ ὄντα κληρονόμον, λέγων δὲ αὐτὸν ὅμως εἶναι κληρονόμον,* wie denn die Basilikenscholien ganz ausdrücklich den Begriff des pro herede possessor in das fingere oder dicere se heredem setzen. Schol. und Interrogatio ad h. l. Schol. Cyrilli ad l. 12 eod.: *πρὸ νερέδε νέμεται ὁ λέγων ἑαυτὸν κληρονομεῖν.*

40) Das ist hier im Sinne von „Neffe“ zu nehmen.

sit idem casus cum sequenti ibi ***sed enim etc.***, ut, licet iste non credat se heredem de iure civili, credat tamen se bonorum possessorem, et sic perinde habeatur . et quod sequitur ***sed enim*** sit approbatio huius dicti. 3) Vel dic Tertio, hic non dicit, quod possideat pro herede, sed quod teneatur . et sic dices, quod tenetur rei vindicatione vel etiam petitione hereditatis ut praedo vel pro possessore possessor. 4) Vel quarto tenetur, quasi pro herede possideat, quamvis sciat, se non esse heredem, credit tamen se bonae fidei possessorem. — Sed prima et secunda magis placent.

Verstehe ich die letzte Erklärung (4), so will sie sagen, daß als possessor pro herede auch derjenige gelte, der Nachlaßsachen auf einen Singulartitel zu besitzen glaubt. Mit Recht mißbilligt Accursius diese Erklärung ebenso wie die dritte, welche die Aeußerung des Arrian und des Proculus nicht von der Haftung des possessor pro herede verstehen will, sondern von irgend einer andern Haftung. Damit aber würde die Antwort auf die aufgeworfene Frage: an et is, qui scit, se heredem non esse, pro herede possideat — nicht etwa abgelehnt, sondern in irreführender Weise umgangen: der unbefangene Leser muß das „teneri" des mitgetheilten Bescheides schlechthin als gleichbedeutend mit dem „pro herede possidere" der Frage verstehen. Und vollends nothwendig wird das durch die Bekräftigung des Vorhergehenden mittels des Schlußsatzes: sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere. [41]) Auch die erste Erklärung verdient insofern

41) Wir können es demnach nicht für richtig halten, wenn Fitting Arch. für die Civil. Prax. Bd. 52 S. 242 f. N. 150 meint, die l. 11 pr. cit. sage genau genommen gar nicht einmal, daß „qui scit, se heredem non esse",

keinen Beifall, als ohne Zweifel der heres ex constitutione aliqua doch in der That heres ist. Dagegen trifft sie das Richtige, sobald wir sie auf solche endgültige Rechtsnachfolger in einen Nachlaß beziehen, welche heredes im eigentlichen Sinne nicht sind, insbesondere auf denjenigen, welcher in bona vacantia, caduca, erepticia succedirt ist, welcher einen vom Fiscus derartig erworbnen Nachlaß diesem abgekauft, welcher ein Universalfideicommiß ex Trebelliano erworben hat.[42]) Wir ergänzen mithin zu dem „qui scit se heredem non esse" —: „jedoch aus einem andern Grunde endgültiger Universalsuccessor zu sein glaubt." Die Ermächtigung zu dieser Ergänzung gewährt der Schlußsatz: sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere. Im vorliegenden Zusammenhange, welcher von den Voraussetzungen einer erfolgreichen hereditatis petitio handelt, kann Ulpian damit nur den bonorum possessor sine re meinen; die hereditatis petitio des heres gegen den bonorum possessor cum re, welcher selbstverständlich auch pro herede besitzt, würde ja nicht minder erfolglos gewesen sein, wie die hereditatis petitio des nur vermeintlichen heres gegen den wirklichen heres.[42a]) Gilt aber schon der bonorum possessor sine re ohne Rücksicht darauf, ob er die Schwäche seines Rechtes kennt, kraft seines blos vorläufigen Rechtes auf den Besitz des Nachlasses als possessor pro herede, um wie viel mehr muß derjenige Besitzer als solcher gelten, welcher ein endgültiges

gegenüber der hereditatis petitio als pro herede possessor zu betrachten sei, sondern blos, daß er mit dieser Klage belangbar sei, was auch in Ansehung eines pro possessore possessor zutreffe. Vgl. Leist a. a. O. S. 261.

42) S. oben Ziffer 2 S. 8 zu N. 10 ff.

42a) Die letztere Klage, weil die intentio nicht zutrifft, die erstere per exceptionem doli. Gai. II, 120.

Nachfolgerecht zu haben meint. Eine Schlußfolgerung dagegen vom wirklichen bonorum possessor auf den Besitzer, welcher sich wider besseres Wissen für den Erben ausgiebt, würde geradezu abgeschmackt sein. [43])

Auch l. 11 pr. D. de H. P. 5, 3 cit. vermag also die Begriffsbestimmung des Gaius nicht zu erschüttern, wonach für das Quorum bonorum passiv legitimirt ist:

1) als possessor pro herede der wirkliche heres und jeder, der sich für einen solchen oder, wie wir hinzufügen dürfen, sonst für einen, wenngleich nur interimistischen, Universalsuccessor des Erblassers hält;

2) als possessor pro possessore jeder, der wissentlich ohne allen Rechtsgrund Nachlaßsachen besitzt. [44])

43) Wir stimmen also Fitting a. a. O. S. 243 bei. Doch halten wir den Beweisgrund nicht für kräftig, welchen er der Bemerkung: „quo iure nos uti, Proculus scribit" entnimmt, indem er jene Bemerkung bei der Beziehung der Stelle auf einen Erbrecht blos lügnerisch vorgebenden Besitzer für völlig sinnlos hält, weil es doch niemals zweifelhaft gewesen sein könne, daß ein solcher Lügner der hereditatis petitio hafte. Dabei ist nicht gewürdigt, daß die Passivlegitimation zur H. P. in den Formen der legis actio sacramento in rem und per sponsionem ihre ganz bestimmten Voraussetzungen hatte (s. oben Ziffer 1 S. 3 ff. zu N. 4 ff.), welche für die H. P. per formulam petitoriam gar nicht paßten; daß also, da das Edict, wie wir annehmen (s. unten Ziffer 6 zu N. 6), die Passivlegitimation für letztere Form nicht bezeichnete, dieselbe erst durch die Praxis festgestellt werden mußte, wie uns das Entsprechende für die formula petitoria der rei vindicatio bezeugt ist. L. 9 D. de R. V. 6, 1.

44) Beiläufig bemerkt, decken sich auch nach der Ausführung des Textes für die hereditatis petitio die Begriffe possessor pro herede und bonae fidei possessor einerseits und possessor pro possessore und malae fidei possessor

Unmittelbare Bestätigung hingegen findet diese gaianische Begriffsbestimmung für das Recht Justinians in §. 3 J. de interd. 4, 15:

— pro herede autem possidere videtur, qui putat se heredem esse: pro possessore is possidet, qui nullo iure rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere possidet.

Weitaus der erheblichste Fall aber des possessor pro possessore ist derjenige des bösgläubigen Occupanten besitzloser Nachlaßsachen. Es wäre ein arger Mißgriff gewesen, hätte der Prätor die Universalklage des bonorum possessor gegen jenen versagt, der doch schon auf die ernsthafte Bedrohung mit der hereditatis petitio in der Form der legis actio sacramento in rem zur Herausgabe seiner Beute ohne weiteres genöthigt wurde, falls er es nicht wagte, zu der aussichtslosen contravindicatio zu greifen.[45] Wenn ihm dem Quorum bonorum gegenüber die Einlassung auf das agere ex interdicto gestattet, m. a. W. die Befugniß gewährt wurde, ohne eigne Beweispflicht den Beweis der angeblichen bonorum possessio des Impetranten zu verlangen, so findet das im Gegensatze zu jener Form der hereditatis petitio seine Erklärung nicht sowohl in der geringern Kraft der mit dem Interdicte geltend gemachten prätorischen Erbfolge, als vielmehr darin, daß die Zeit, in welcher die bonorum possessio entstand, für ihre Neubil-

anderseits nicht völlig. Ein bonorum possessor sine re, welcher diese Eigenschaft seiner bonorum possessio kennt, besitzt zwar nicht pro possessore, denn er besitzt nicht sine causa; wohl aber besitzt er mala fide. L. 25 §. 2 i. f. D. de H. P. 5, 3 und dazu Scholion 5 Basil. lib. 42 tit. 1 fragm. 25 (Heimb. Tom. IV p. 217). Francke Commentar S. 278 f. Vgl. Demelius a. a. O. S. 344 N. 1.

45) S. oben Ziffer 1 S. 4 zu N. 5 ff.

dungen dem bisher ganz schutzlosen Besitzverhältnisse bereits den Anspruch auf Fortbestand bis zum Nachweise eines stärkern Rechtes beilegte. In der That würde es nicht wohl thunlich gewesen sein, gegenüber dem Quorum bonorum lediglich dem possessor pro herede die vortheilhafte Stellung des Beklagten einzuräumen: beruft sich doch auch der possessor pro possessore regelmäßig auf sein Erbrecht, während es sich erst im Laufe des Rechtsstreites herausstellt, daß diese Berufung wider besseres Wissen geschehen ist.[45a])

Nun kann allerdings das Quorum bonorum den Vortheil der Universalklage, eine Mehrheit von Ansprüchen auf Grund der nämlichen Universalsuccession mit Einem Male zu erledigen, auch gegen diejenigen Besitzer von Nachlaßsachen gewähren, welche außer jenem Occupanten als possessores pro possessore gelten. Hierher gehört

45a) Aus diesen beiden Gründen erklärt sich die Passivlegitimation des possessor pro possessore für das Quorum bonorum wie für die hereditatis petitio per formulam petitoriam vollständig. Die Rücksicht dagegen auf die pro herede usucapio auch des possessor pro possessore, auf welche jene Legitimation meist zurückgeführt wird, dürfte namentlich für das Quorum bonorum kaum besondern Anlaß geboten haben, die possessio pro possessore als „Angriff unmittelbar gegen das Erbrecht" (Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 3 §. 614 N. 4 a. E.) zu betrachten, wenn es anders richtig ist, daß mit dem Interdicte von jeher die pro herede usucapio unschädlich gemacht werden konnte. S. unten Ziffer 5 zu N. 95 ff. Man übersieht, daß schon durch die älteste Form der hereditatis petitio der Besitzer von Nachlaßstücken, der sowohl die contravindicatio hereditatis, als die Behauptung des Eigenthums aus einem Singulartitel unterließ, zur Herausgabe genöthigt wurde. S. oben Ziffer 1 S. 4 zu N. 5a.

1) wer dem Erblasser bei dessen Lebzeiten den Besitz mit bewußter Rechtswidrigkeit entzogen hat; [46])

2) wer einen Dritten dejicirt hat, der Nachlaßsachen pro herede besaß, [47]) — ohne Zweifel auch, wer einem solchen dritten Besitzer von Nachlaßsachen deren Besitz clam entzogen hat; nicht minder aber wohl auch, wer einem possessor pro possessore den Besitz von Nachlaßsachen vi aut clam genommen hat;

und

3) wer wissentlich aus einem nichtigen Titel den Besitz von Nachlaßsachen an sich gebracht hat. [48])

Indessen bedarf es keiner Ausführung darüber, wie selten die hier zusammengestellten Fälle an sich vorkommen, und wie viel seltener noch bei ihnen der Besitz einer Mehrheit von Nachlaßsachen in Frage steht. Ihretwegen also dem neuen Rechtsbehelfe des Quorum bonorum eine besondere Clausel betreffs des possessor pro possessore einzurücken, würde um so weniger Anlaß vorgelegen haben, als es schwerlich gerechtfertigt gewesen wäre, infolge dieser Clausel lediglich zu ihren Gunsten den Impetranten mit dem Beweise der Edictsmäßigkeit seiner bonorum possessio zu belasten. Hierin liegt mithin ein weiterer Hinweis darauf, daß unter dem possessor pro possessore vorzugsweis eben ein bösgläubiger Occupant besitzloser Nachlaßsachen gemeint ist, der, wie bemerkt, kaum unterlassen wird, sich für den berechtigten Universalsuccessor auszugeben.

4. [49]) Nach l. un. Cod. Theod. quor. bon. 4, 21 (= l. 3 Cod. Just. eod. 8, 2) v. J. 395 haftet mit dem

46) L. 14 §. 2 D. quod not. 4, 2. L. 6 §. 4. l. 22 §. 1 D. de act. rer. amot. 25, 2.
47) L. 16 §. 4 i. f. D. de H. P. 5, 3.
48) L. 13 §. 1 D. de H. P. 5, 3.
49) Vgl. Pfersche privatrechtliche Abhandlungen. Erlangen 1886 S. 286—296.

Quorum bonorum zweifellos auch, wer, ohne Universalsuccession zu beanspruchen, als wirklicher oder vermeintlicher Eigenthümer Sachen besitzt, welche der Erblasser im Augenblicke seines Ablebens innegehabt hat.

Ueberaus fraglich aber ist es, ob dies erst eine Neuerung des erwähnten Gesetzes, oder vielmehr schon altes Recht unseres Interdictes sei.

Laut der edictsmäßigen Fassung des Quorum bonorum haften mit demselben nur der possessor pro herede und der possessor pro possessore. Das Erstere jedoch ist ein derartiger Besitzer gewiß nicht, da er ja gar nicht einmal behauptet, Universalsuccessor dieses Erblassers zu sein. Es kommt also darauf an, ob und wie weit er als possessor pro possessore zu gelten vermöge.

Bekanntlich hält Justinian die Beschränkung des Quorum bonorum auf die genannten beiden Arten von Besitzern fest: dieselbe wird nicht nur in unserm Pandektentitel mit den Worten des alten Interdictes ausgesprochen, sondern auch in §. 3 J. de interd. 4, 15 [50]) gelehrt und nicht minder in l. 2 Cod. h. t. 8, 2 [51]) wiederholt. Es dürfte demnach unbestreitbar sein, daß in der Compilation der Begriff des possessor pro possessore bei unserm Interdicte sich auf den fraglichen Besitzer erstreckt.

Indessen bedarf dies einer nähern Bestimmung.

50) Adipiscendae possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, quod appellatur Quorum bonorum, eiusque vis et potestas haec est, ut quod ex his bonis quisque, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituere debeat etc.

51) Dioclet. et Maxim. 294: — secundum edicti Quorum bonorum tenorem ab his, qui pro herede vel pro possessore possident — — restitui.

Angesichts der allgemeinen Fassung der l. un. Cod. Theod. cit.:

— iubemus, ut omnibus frustrationibus amputatis, in petitorem corpora transferuntur, secundaria actione proprietatis non exclusa —

könnte es so scheinen, als ob die Art des Besitzerwerbes für den fraglichen Fall gar nicht in Betracht käme, als ob m. a. W. auch ein solcher, wirklicher oder angeblicher, Eigenthümer der vom Erblasser bei dessen Ableben innegehabten Sachen haftete, welcher deren Besitz nach des Erblassers Tode durch gültiges Geschäft von einem Dritten erworben hat. Dem jedoch würde nicht nur die, für die nachclassische Zeit vielleicht nicht ganz beweiskräftige, Analogie dessen entgegen stehen, was sich aus der Compilation selbst über die Unzulässigkeit der hereditatis petitio wider einen solchen Besitzer ergiebt; [52]) — sondern vor allem die

52) L. 13 §. 8 D. de H. P. 5, 3 vbd. mit §. 1 eod. — Als gültiger, die hereditatis petitio ausschließender, Singulartitel ist natürlich nur ein solches Rechtsverhältniß zu betrachten, welches den Anspruch auf den Besitz unbedingt, unbefristet und anstandslos giebt, also z. B. auch ein auf sofortige Tradition abgeschlossener Kauf nicht eher, als der Kaufpreis bezahlt oder creditirt ist. Eman. Cohn die Voraussetzungen der hereditatis petitio u. s. w. Breslau 1883 S. 20 f. Vgl. l. 14 §. 1 D. de furt. 47, 2. Dem widerspricht auch nicht l. 33 D. de a. p. 41, 2 (Pompon. lib. 32. ad Sab.); wenn es hier von dem Käufer, der die Waare, welche ihm durch einen Bevollmächtigten des Verkäufers tradirt werden sollte, eigenmächtig in Besitz nimmt, heißt: non recte emptor per se in possessionem veniet, so ist damit nicht sowohl der Besitztitel pro emptore verneint, als vielmehr gesagt, ein derart erworbener Besitz führe nicht zur Usucapion, gewähre nicht die Publiciana. Vgl. l. 12 Cod. de C. E. 4, 38. Bekker das Recht des Besitzes S. 314 f.

Begriffserklärung, welche §. 3 J. de interd. 4, 15 cit. von dem possessor pro possessore aufstellt:

— pro possessore is possidet, qui nullo iure rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere possidet.

Wenn nämlich auch der wirkliche Eigenthümer als possessor pro possessore dem Interdicte unterliegt, so kann das hierfür erforderliche „nullo iure possidere“ nicht gleichbedeutend sein mit „besitzen ohne Anspruch auf den Besitz,“ d. h. ohne titulus oder causa possidendi; in Beziehung auf denjenigen gebraucht, der das denkbar beste Recht auf den Besitz hat, kann es nur den Mangel einer rechtmäßigen Erwerbsart des Besitzes bezeichnen, m. a. W. nur den eigenmächtigen Erwerb des Besitzes.[52a]) Und dem entsprechend ist für den fraglichen Fall das „sciens ad se non pertinere“ zu verstehen nicht vom Bewußtsein des mangelnden Anspruchs auf den Besitz, sondern vom Bewußtsein der mangelnden Rechtmäßigkeit des Besitzerwerbes. Dieses Bewußtsein aber kann bei eigenmächtiger Besitznahme auf Grund eines Singulartitels gar nicht fehlen.

Für die Compilation ist demnach der Begriff des possessor pro possessore beim Quorum bonorum so zu fassen:

Pro possessore besitzt

1) wer eine Nachlaßsache mit dem Bewußtsein besitzt, daß er keinen Rechtsanspruch auf deren Besitz hat,

und

52a) Vgl. auch l. 3 pr. Cod. de ed. D. Hadr. toll. 6, 33 (Justinian. 531): — earum rerum, quae — non — legitimo modo ab alio detinentur. S. unten N. 63.
Dabei ist es wohl auch gleichgültig, ob dieser eigenmächtige Erwerb unmittelbar aus dem Nachlaßbestande stattgefunden hat oder aus dem Besitze eines unberechtigten Dritten. Vgl. oben Ziffer 3 zu N. 46 f. S. 28.

2) wer eine Nachlaßsache auf Grund eines Singulartitels eigenmächtig in Besitz genommen hat, bevor dieselbe in den Besitz des zu ihrer Besitznahme Berechtigten gelangt ist. [52b])

So richtig aber diese Begriffsbestimmung für das Recht Justinians ist, so wenig Geltung kann ihr zweites Glied für das Recht der classischen Zeit beanspruchen: dieses zweite Glied ist in der That eine Neuerung.

Darauf weiset schon die, anscheinend kaum beachtete, Thatsache hin, daß Justinians Institutionen (§. 3 de interd. 4, 15), welche im übrigen die ganze Begriffsbestimmung des pro possessore possessor wörtlich den Institutionen des Gaius (IV, 144) entlehnen, den maßgebenden Ausdruck geändert haben. Gaius sagt nicht: „nullo iure", er sagt: „sine causa". [53]) Für ihn kommt es also lediglich an auf das bewußte Nichtvorhandensein eines Besitztitels; die Art des Besitzerwerbsactes ist ihm gleichgültig.

Was wir hier aus der Begriffsbestimmung des Gaius entwickelt haben, findet m. E. seine unwiderlegbare Be-

52b) v. Vangerow Lehrbuch der Pandekten 7. Aufl. Bd. 2 §. 505 S. 345 unter 2.

53) Theophil. ad h. l. weiß freilich von dieser Aenderung nichts; er sagt: Pro possessore *ἐστὶ καὶ λέγεται ὁ βίαιος ἅρπαξ, ὁ μηδεμίαν εὔλογον ἔχων αἰτίαν τῆς κατοχῆς, ὃς ἐρωτώμενος, πόθεν νέμεται, λέγει, Ἐπειδὴ νέμομαι· καὶ τὴν ἐρώτησιν εἰς ἀπόκρισιν μετατρέπει· οὗτος οὖν λέγεται* pro possessore. Darin liegt aber wohl nur ein Beweisgrund für Ferrinis Vermuthung (Institutionum graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa etc. Pars prior. Prolegomena p. XI sqq.), daß die griechische Bearbeitung der Institutionen auf einer Uebersetzung der Commentare des Gaius beruhe, welche dem Texte der kaiserlichen Institutionen angepaßt worden sei.

stätigung in dem Verhältnisse des interdictum Quod legatorum zum Quorum bonorum. Darüber belehrt uns l. 1 §. 4 D. quod legat. 43, 3. Sie lautet in der Compilation:

(*Ulp*. lib. 67. ad ed.) Quia autem nonnunquam incertum est, utrum quis pro legato an pro herede vel pro possessore possideat, bellissime ***Arrianus*** scribit, hereditatis petitionem instituendam et hoc interdictum reddendum, ut, sive quis pro herede vel pro possessore sive pro legato possideat, hoc interdicto teneatur, quemadmodum solemus facere, quotiens incertum est, quae potius actio teneat: nam duas dictamus protestati ex altera nos velle consequi, quod nos contingit.

Das Quod legatorum stand ursprünglich, wie das Quorum bonorum, nur dem bonorum possessor zu, nicht auch dem heres.[54]) In der Compilation ist es auf Letztern ausgedehnt. Zu den hierdurch gebotenen Interpolationen gehört auch die Erwähnung der hereditatis petitio statt des ursprünglich genannten Quorum bonorum in unsrer Stelle; diese Interpolation verräth sich schon äußerlich dadurch, daß im weitern Fortgange der Stelle die, nunmehr ganz unpassend gewordene, Erwähnung des aus dem Quorum bonorum und dem Quod legatorum combinirten Interdictes (hoc interdicto) stehen geblieben ist.[55])

Nun zeigt schon der Ausdruck unsrer Stelle, daß

54) Vat. fragm. 90. ... lib. I. de interdictis, sub titulo „In eum, qui legatorum nomine, non voluntate eius, cui bonorum possessio data erit, possidebit“ etc. L. 2 §. 1 D. quod legat. 43, 3 (Paul. lib. 63. ad ed.): Quod ait praetor: „si per bonorum possessorem non stat, ut satisdetur etc. Lenel ed. perp. §. 228.

55) Lenel a. a. O. S. 362 N. 10.

Ulpian den possessor pro legato nicht unter den Begriff des possessor pro herede oder pro possessore faßte: wie hätte er denselben sonst zweimal in den entschiedensten Gegensatz zu diesem Begriffe setzen können: utrum quis pro legato an pro herede vel pro possessore possideat —; sive quis pro herede vel pro possessore sive pro legato possideat —! Hätte aber der pro legato Occupirende als possessor pro possessore gegolten, so würde gegen ihn dem bonorum possessor das Quorum bonorum nicht nur völlig ausgereicht, sondern obendrein vor dem Quod legatorum wesentlichen Vortheil deshalb geboten haben, weil ja das letztere außer den Erfordernissen des Quorum bonorum die Leistung der cautio legatorum servandorum oder doch die Bereitschaft zu derselben voraussetzt. [56]) Ganz unzweideutig wird uns jedoch bezeugt, daß das Quod legatorum aus billiger Rücksicht für den bonorum possessor aufgestellt worden ist.

L. 1 cit. §§. 2 sq. D. quod legat. 43, 3:
Est autem et ipsum apiscendae possessionis et continet hanc causam, ut, quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis [57]) occupavit, id restituat heredi [58]). etenim aequissimum praetori visum est, unumquemque non sibi ipsum ius dicere occupatis legatis, sed ab herede [59]) petere: redigit igitur ad heredes [60]) per hoc interdictum ea, quae legatorum nomine possidentur, ut perinde (deinde *Krüger*) legatarii possint

56) L. 1 §§. 16—18. l. 2 §§. 1. 3. 4 D. quod legat. 43, 3.
57) Ursprünglich: bonorum possessoris. Vgl. zu N. 57—60a Lenel palingenesia vol. II col. 801 n. 1466 sq.
58) Ursprünglich: bonorum possessori.
59) Ursprünglich: a bonorum possessore.
60) Ursprünglich: ad bonorum possessorem.

eum convenire. §. 3. Hoc interdictum et heredem heredis bonorumque[60a]) possessoris habere propter utilitatem huius[60b]) dicendum est nec non ceteros quoque successores.

Gegenüber diesem Ausspruche heißt es die Dinge geradezu auf den Kopf stellen, wenn Pfersche[61]) ganz unbefangen behauptet: „Vergleichen wir beide Interdicte,[62]) so vertreten sie denselben Anspruch, und sind als concurrirende Rechtsmittel anzusehen. Sie haben gleiche Voraussetzung, der Kläger hat die Occupation aus dem Nachlaß zu beweisen. Sie haben den gleichen Erfolg der Restitution. Der einzige Unterschied liegt darin, daß bei dem Quod legatorum der Beklagte voraus die cautio legatorum servandorum erlangt. Dasselbe ist also an diesem Punct für den Beklagten günstiger, und es bleibt keine andere Möglichkeit, als daß in diesem unterscheidenden Umstand der Grund für dieses Interdict zu suchen ist. Während er eigentlich bei dem Quorum bonorum unbedingt restituiren müßte, wird ihm bei dem verwandten Interdict wenigstens zur Caution geholfen."

Und wenn der Grund für die Aufstellung des Quod legatorum die Begünstigung des Legatars gewesen wäre, wie erklärt es sich, daß ihm der Prätor die gleiche Gunst nicht auch gegenüber dem heres ertheilt hat?

Nachdem freilich l. un. Cod. Theod. cit. quor. bon. 4, 21 das Quorum bonorum gegen jeden erstreckt hatte, der sich auf Grund eines Singulartitels eigenmächtig den Besitz von Sachen aus einem besitzlosen Nachlasse aneignete, war das Quod legatorum aus einer Begünstigung des

60a) Ursprünglich: heredem bonorum possessoris.
60b) Huius *del.* M.
61) A. a. O. S. 294.
62) Nämlich das Quod legatorum und das Quorum bonorum.

bonorum possessor zu einer Begünstigung des Legatars geworden. Dieser konnte nunmehr verlangen, daß der bonorum possessor statt des Quorum bonorum das Quod legatorum gebrauche. Nun umging zwar der zur bonorum possessio secundum tabulas Berufene das Quod legatorum, sobald er die missio Hadrianea nachsuchte: diese verschaffte ihm auch ohne Cautionsleistung den Besitz der legatorum nomine occupirten Nachlaßsachen.[63]) Allein auf jeden Fall stand jetzt der bonorum possessor ab intestato gegenüber dem Occupanten fideicommissorum ab intestato relictorum nomine[64]) weniger vortheilhaft, als gegenüber jedem Andern, welcher Nachlaßsachen auf einen Singulartitel hin occupirt hatte. Somit hatte das Quod legatorum seinen ursprünglichen Zweck verloren; man behielt es bei, indem man ihm, wie es die Compilation zeigt, durch Uebertragung auf den heres einen neuen gab. Hierin aber liegt zugleich ein treffender Hinweis darauf, daß noch in der Compilation der hereditatis petitio gegenüber auch der eigenmächtig auf einen, wirklichen oder vermeintlichen, Singulartitel Occupirende nicht als possessor pro possessore gilt.

In der That vermag Pfersche[65]) von seinem Standpuncte aus der l. 1 §. 4 cit. nur auf Grund weiterer,

63) L. 3 pr. Cod. de ed. D. Hadr. toll. 6, 33: — mittatur in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur, d. h. kraft eigenmächtiger Occupation. S. unten §. 1842 Ziffer 9 zu N. 27 ff. und §. 1845a Ziffer 7 zu N. 1a. Wie sich hierzu verhält l. un. Cod. quod legat. 8, 3, darüber s. unten §. 1845a Ziffer 7 N. 6.

64) Vgl. l. 1 D. de legat. I (Ulp. lib. 67. ad ed.). Lenel ed. perp. S. 363 N. 2.

65) A. a. O. S. 294 ff.

fast noch gröberer, Mißverständnisse soweit Sinn abzugewinnen, als zu seiner eignen Befriedigung nöthig ist. Er meint, die Stelle gebe dem Kläger die Möglichkeit, sich von der Wahl zwischen beiden Interdicten zu befreien, indem er dieselben dem Beklagten überlasse. Dieses ganz absonderliche Verhältniß sei darin begründet, daß die Beweislast des Klägers bei beiden Interdicten dieselbe, auch der Erfolg der gleiche sei, und die Bevorzugung der einen oder der andern Klage nur im Interesse des Beklagten liege. Als zwei der wenigen gleichartigen Fälle, in denen in gleicher Weise die alternative Edition mehrerer Actionen zulässig sei, nennt Pfersche dann das Verhältniß des Quorum bonorum zur hereditatis petitio possessoria und das Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen. Der zweite dieser Fälle führe denn auch auf die Lösung der Frage, wie man hinsichtlich des uns angehenden Falles sagen könne: incertum est, quae potius actio teneat? Bei der Concurrenz nämlich der Singularklagen mit der hereditatis petitio könne die eine der an sich möglichen Klagformen durch eine besondere Verfügung — die exceptio praeiudicii — ausgeschlossen werden, wenn der Beklagte dies wünsche. Unter dieser Voraussetzung sei es nicht ein Recht des Klägers, sondern eine Nothwendigkeit für ihn, beide Klagen dem Beklagten zur Wahl zu stellen, weil es vor der Entscheidung des Letztern wirklich ungewiß sei, quae potius actio teneat. Hiernach vermuthet Pfersche, daß auch in unserm Falle ein Einschreiten des Prätors — sei es durch Denegation des Quorum bonorum, sei es durch eine exceptio praeiudicii oder einen ähnlichen Formelzusatz — zugunsten des Beklagten, der Legatar zu sein behauptete, in Aussicht gestellt gewesen sei. Umgekehrt sei von unserm Verhältnisse die gleichzeitige Edition der beiden Formeln auf die Erbschaftsklage übertragen worden.

In dieser Ausführung ist nicht weniger als jeder Satz falsch.

Es ist zunächst nicht richtig, daß der Erbe die hereditatis petitio neben den Singularklagen dem Gegner zur Auswahl stelle. Erbäte Kläger von vornherein die hereditatis petitio, so könnte gleichzeitig von einer Singularklage überhaupt nicht die Rede sein. Der Hergang, welcher zur Anstellung der hereditatis petitio führt, ist vielmehr so. Anfangs hat der Kläger um eine Singularklage gebeten; der Gegner beantragt für den Fall der Gewährung dieser Bitte die Einrückung der exceptio praeiudicii: dadurch veranlaßt er jenen, seine anfängliche Bitte zurückzunehmen und statt der Singularklage die hereditatis petitio zu erbitten. Beharrte Kläger nämlich bei Erbittung der Singularklage, so würde er zu besorgen haben, daß diese Klage infolge der ihr eingerückten exceptio praeiudicii abgewiesen werde, sofern der Geschworne finden sollte, der ausgeklagte Anspruch beruhe auf dem Erbrechte des Klägers.

Nicht unwesentlich verschieden ist das Verhältniß zwischen dem Quorum bonorum und der hereditatis petitio. Beantragt der Impetrat gegenüber der Bitte des bonorum possessor um Erlaß des Quorum bonorum unmittelbare Entscheidung über das endgültige Erbrecht, so verweigert der Prätor das Interdict und giebt nur der Bitte um die hereditatis petitio possessoria statt. [66])

66) Nimmt man an, wie ich es im Gegensatze zu Pfersche a. a. O. S. 287 vor N. 2 thue, daß die Entscheidung auf das Quorum bonorum für das endgültige Erbrecht Rechtskraft nicht machte, daß m. a. W. das Interdict eine ganz andre Frage betraf, als die hereditatis petitio, so versteht es sich wohl von selbst, daß zur Abwehr des Interdictes eine exceptio, ne praeiudicium fiat hereditati, durchaus ungeeignet war. Aber auch von Pfersches entgegengesetztem Standpuncte aus darf man schwer-

Immer jedoch ist diesen beiden Fällen das gemeinsam, daß durch die Erklärung, welche gegenüber der Bitte um eine gewisse Klage der Beklagte in iure abgiebt, der Kläger nunmehr zur Erbittung einer andern an Stelle der zuerst erbetenen veranlaßt wird, sofern ihn nicht die Aussicht auf eine derartige Erklärung des Gegners von vornherein zur Erbittung der unter allen Umständen geeigneten Klage bewogen hat.

Von einem derartigen Verhalten des Klägers ist in unserm Falle schlechterdings nicht die Rede. Es heißt vielmehr im Texte der Compilation:

hereditatis petitionem instituendam e t hoc interdictum reddendum,

also ursprünglich etwa:

Quorum bonorum e t hoc interdictum reddendum.

Demnach wurden beide Interdicte wirklich erbeten und vom Prätor erlassen, mit der Maßgabe, daß je nach dem thatsächlichen Befunde in iudicio nur das eine wirken solle. Eine Wahl vor Erlaß des Interdictes findet also durchaus nicht statt, weder seitens des Klägers, noch gar seitens des Beklagten. Der Thatbestand ist einfach dieser: Impetrant bittet um das Quorum bonorum, Impetrat wendet dagegen ein, daß er nicht pro herede vel pro possessore besitze, sondern pro legato. Impetrant hält nun diese Erklärung für eine erlogene, bleibt demnach, in der Meinung, Impetrat besitze pro possessore, bei der Bitte um das Quorum bonorum. Um jedoch ganz sicher zu

lich mit ihm S. 290 N. 3 die Möglichkeit dieser exceptio statt der denegatio interdicti annehmen. Denn von diesem Standpuncte aus erscheint das Interdict begrifflich gleich der hereditatis petitio auf ein angebliches endgültiges Erbrecht gestützt, müßte also infolge der exceptio auf jeden Fall erfolglos bleiben. Wozu es demnach überhaupt noch erlassen?

gehen, erbittet er sich zugleich eventuell das Quod legatorum, — nämlich für den Fall, daß es ihm nicht gelingen werde, die Ungültigkeit des vom Gegner behaupteten Legates und dessen Kenntniß von derselben zu erweisen. Ein ähnliches Verhältniß liegt z. B. dann vor, wenn der Commodant behauptet, die eingetretene Beschädigung oder Vernichtung der commodirten Sache sei durch aquilische Culpa des Commodatars veranlaßt, während der Commodatar jedes Verschulden leugnet, und nun der Commodant neben der vortheilhaftern actio legis Aquiliae für den Fall, daß er zwar nicht eine culpa in faciendo des Gegners erweisen, wohl aber der Richter in dessen Betragen die ihn exculpirende Sorgfalt nicht erblicken werde, die actio commodati anstellt. Hier muß man in der That bis zur Entscheidung des Geschwornen über die beiderseitige Beweisführung sagen: incertum est, quae potius actio teneat. Und hier muß deshalb aus beiden Klagen die litis contestatio stattfinden (duas dictamus), [67]) während nach der Auffassung Pfersches die „Wahl" zwischen beiden Klagen in iure erledigt würde.

Nach diesen Ausführungen ist es kaum noch nöthig, den Einwurf wider die grundsätzliche Unanwendbarkeit des classischen Quorum bonorum gegen den Besitzer auf einen Singulartitel zu prüfen, welchen Pfersche [68]) der „possessorischen Natur" des Interdictes entnimmt. Darunter versteht er nicht die blos vorläufige Wirkung der mit demselben erzielten Entscheidung, sondern einerseits die Begründung des Anspruchs durch die bloße Thatsache des erblasserischen Besitzes, — was uns hier nicht angeht —, [68a])

67) Dictare ist das endgültige edere actionem im Litiscontestationstermine. O. E. Hartmann röm. Gerichtsverfassung S. 462 N. 63.

68) A. a. O. S. 289.

68a) S. darüber unten Ziffer 7 zu N. 8 ff.

anderseits seine ausschließliche Richtung gegen den ersten Occupanten der Erbschaftssachen, „niemals gegen Dritte, welche den Besitz weiterhin derivativ erlangt haben," m. a. W. die Begründung der Haftung kraft der eigenmächtigen Besitzergreifung. [69]) Im letztern Puncte läuft dieser Einwurf auf eine handgreifliche petitio principii hinaus. Wo deuten es die Quellen auch nur an, daß das classische Quorum bonorum [70]) in diesem Sinne „possessorisch" sei? Ganz gewiß aber läßt sich die Frage, gegen wen das Interdict auf Grund des erblasserischen Besitzes einen Anspruch gewähre, nicht einfach nach dem Vorbilde der Besitzschutzinterdicte dahin beantworten, daß es jeder sein müsse, welcher eigenmächtig den Besitz einer, vom bonorum possessor noch nicht in Besitz genommenen, Nachlaßsache sich angeeignet habe. Vielmehr gelten für jedes Interdict selbständige Grundsätze. So müssen wir aus den ausdrücklichen Zeugnissen für die hereditatis petitio schließen, daß wie diese Klage auch das Quorum bonorum als possessor pro possessore neben Anderen denjenigen haftbar macht, welcher den Besitz von Nachlaßsachen aus dem Besitze eines Dritten erworben hat, sofern dieser Besitzerwerb auf Grund eines dem Erwerber als ungültig bekannten Erwerbsgeschäftes geschehen ist. [71]) Daß ein solcher Besitzer nicht nur gegenüber dem bonorum possessor, sondern auch seinem eignen Vorbesitzer gegenüber iuste, d. h. nec vi nec clam nec precario besitzt, bedarf keiner Bemerkung. Und dennoch haftet er wie der hereditatis petitio so dem Quorum bonorum, während gar nicht daran zu denken ist, daß dies

69) A. a. O. S. 287 f.

70) Oder auch die hereditatis petitio, welche Pfersche S. 286 in der fraglichen Hinsicht dem Quorum bonorum ganz gleichstellt.

71) L. 13 §. 1 D. de H. P. 5, 3.

sinngemäß auf das Uti possidetis oder das Unde vi angewandt werden könnte. Demnach erscheint auch die umgekehrte Schlußfolgerung unzulässig, nach welcher der eigenmächtige Occupant besitzloser Nachlaßsachen deshalb dem Quorum bonorum haften soll, weil der eigenmächtige Occupant besessener Sachen dem bisherigen Besitzer mit dem Uti possidetis oder mit dem Unde vi haftet.

Wozu aber vollends hätten die Römer zwecks Feststellung der Beklagtenrolle für die erbschaftlichen Universalklagen so eingehend die Begriffe des possessor pro herede und des possessor pro possessore untersucht, wenn auch derjenige, welcher Sachen aus dem Nachlaßbestande zwar eigenmächtig, aber im besten Glauben an einen Singulartitel occupirt hat, jenen Klagen haftete, dafern er nicht etwa erweisen sollte, daß er in der That Eigenthümer ist —? Wäre wirklich seine Nichthaftung von diesem Beweise abhängig, so müßte es heißen: die hereditatis petitio (und im classischen Rechte nicht minder das Quorum bonorum) geht gegen jeden eigenmächtigen Besitzer von Nachlaßsachen; Letzterer kann jedoch die Klage mittels der exceptio dominii zurückschlagen.[71a]) Davon aber ist nirgends die

71[a]) So formulirt in der That Dernburg Pandekten Bd. 3 2. Aufl. §. 172 S. 348 zu N. 16 unter Berufung namentlich auf die Interpretatio zu l. 12 Cod. Theod. de fide test. 11, 39 (= l. 11 Cod. J. de H. P. 3, 31): Lex ista hoc praecipit, ut probatio non a possessore, sed a petitoris partibus requiratur, quia omnem probationem ab eo quaeri debere dicit, qui petitam rem desiderat obtinere, non ab eo, qui se iuste tenere contendit; praeter illum tantum casum, ubi interrogari necesse est possidentem, utrum ex sua persona an ex successione coeperit possidere. Die entscheidenden Schlußworte dieser Stelle bekunden jedoch eine so große Verworrenheit, daß sich aus ihnen nicht füglich eine Schluß-

Rede; vielmehr sagt Ulpian in l. 9 D. de H. P. 5, 3 (lib. 15. ad ed.):

Regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet vel rem hereditariam.

Und noch Diocletian erklärt in l. 4 Cod. in quib. c. cessat. 7, 34:

Hereditatem quidem petentibus longa praescriptio nocere non potest. verum his, qui nec pro herede nec pro possessore, sed pro emptore vel donato vel alio titulo res, quae hereditariae sunt vel fuerunt, possident, cum ab his successio vindicari non possit, nihil haec iuris definitio noceat.

folgerung auf das geltende Recht ziehen läßt. Die l. 12 selbst (Arcadius et Honorius 396: Cogi possessorem ab eo, qui expetit, titulum suae possessionis edicere, quae tanta erit amentia, ut, ratione praepostera, petitor ab eo, quem pulsat, informari suas postulet actiones, cum omnem probationem exigi oporteat ab eo, qui vindicare nititur, non ab eo, qui se iuste tenere contendit? Intentanti namque, non suscipienti, probationum necessitas imponenda est; praeter eum, qui edicere cogitur, utrum pro possessore an pro herede possideat) erkennt allerdings bei der erbschaftlichen Universalklage dem Beklagten die Nöthigung zu, darzulegen, ob er pro possessore oder pro herede besitze. Allein hierbei handelt es sich ganz und gar nicht um die Passivlegitimation, die ja in dem einen Falle so gut vorhanden ist, als in dem andern; vielmehr um den Umfang der Verurtheilung, der sehr verschieden ausfällt, je nachdem der Beklagte als gutgläubiger (= pro herede) oder als bösgläubiger (= pro possessore) possessor angesehen wird. Die Nöthigung der Beweisführung aber liegt für ihn in dem dringenden Interesse, als possessor pro herede zu gelten. Demelius die Confessio S. 344.

Keine der classischen Stellen aber gestattet eine Auslegung, wonach als possessor pro possessore selbst nur derjenige gelten könnte, welcher Nachlaßsachen mala fide, aber auf einen gültigen Singulartitel occupirt hat, z. B. auf Grund eines Kaufes von einem Dritten, von dem er wußte, daß er nicht der Erbe sei. Umgekehrt heißt es ganz ausnahmslos: Nemo praedo est, qui pretium numeravit; [72]) pro possessore vero possidet praedo, qui — nec ullam causam possessionis possit dicere. [72a]) Hier ist eben nicht die erbschaftliche Universalklage am Platze: der Besitzer regt gar nicht eine hereditatis controversia, d. h. einen Erbfolgestreit, an; [72b]) geeignet ist nur die Singularklage auf Grund des ererbten Rechtes an der einzelnen Sache. Freilich findet auf Grund des nackten Thatbestandes, daß der Erblasser bei seinem Tode die hinterher von einem Dritten eigenmächtig occupirte Sache besessen hat, eine Singularklage gegen diesen Dritten überhaupt nicht statt; [72c]) und es bleibt deshalb dem Erben in solchem Falle nur die petitorische Klage. Indessen rechtfertigt das durch-

72) L. 13 §. 8 D. de H. P. 5, 3. S. oben N. 52 S. 30. Vgl. auch l. 2 §. 1 D. pro empt. 41, 4. Arndts Beiträge S. 47 (ges. Schr. Bd. 2 S. 342) N. 72 meint freilich, dieser Grund reiche zu weit; denn danach würde auch wer wissend einem wahnsinnigen Verkäufer gezahlt hat, nicht pro possessore besitzen, man möchte denn hier auch die Zahlung juristisch für keine halten. Er übersieht dabei aber, daß der Begriff des pretium einen (gültigen) Kauf voraussetzt.

72a) L. 11 §. 1—l. 13 D. de H. P. 5, 3.

72b) Vgl. Brinz 2. Aufl. Bd. 3 Abth. 1 S. 225 zu N. 52 a. E. und S. 226 N. 58 a. E.

72c) S. Theil 1 dieser Serie des Commentars §. 1835 Ziffer 11 S. 78 ff.

aus nicht den Ausspruch von Arndts,[72d]) gemäß der von ihm bekämpften, von uns vertheidigten, Meinung „könne jeder durch Besitzergreifung der besitzlosen Sachen des Nachlasses den Erben in die nachtheilige Lage versetzen, das Eigenthum an den Sachen beweisen zu müssen, indem er nur zu behaupten brauchte, daß ihm das Eigenthum zustehe." Der Beweis seines Eigenthums wird für den Erben nur dann nothwendig, wenn entweder der vom Occupanten behauptete Singulartitel wirklich besteht, oder jener doch mindestens in gutem Glauben an denselben den Besitz ergriffen hat: hier versagt die possessorische Function der hereditatis petitio und des classischen Quorum bonorum. Ist dagegen keines von beiden der Fall, so kommt es darauf an, ob der Erbe imstande ist, den Richter davon zu überzeugen, daß der vom Beklagten vorgeschützte Singulartitel nicht rechtsbeständig sei, und jener selbst an die Gültigkeit dieses Titels nicht glaube.[72e]) Wer dies mit einem Erkenntnisse des Reichsgerichts[72f]) für einen „praktisch ganz undenkbaren negativen Beweis" hält, faßt zunächst, wie Windscheid[72g]) treffend bemerkt, den Beweissatz nicht richtig. Bestreitet der Beklagte die Klagbehauptung, daß er pro herede oder pro possessore besitze, während er seinen Besitz nicht leugnet, so vermag das schlechterdings keinen andern Sinn zu haben, als den: er besitze titulo singulari. Nun ist es freilich möglich, daß der Kläger geradezu den Beweis

72d) Beiträge S. 38 f. (ges. Civil. Schriften Bd. 2 S. 337). S. auch dess. Lehrbuch der Pandekten §. 531 Anm. 6.

72e) Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 3 §. 615 N. 14 6. Aufl. S. 277 f. 7. Aufl. S. 236.

Vgl. im ganzen Leist in diesem Commentar Serie der Bücher 37 und 38 Thl. 2 S. 417 ff.

72f) Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 10 S. 163.

72g) A. a. O.

seiner Behauptung dahin erbringt, Beklagter sei ausdrücklich oder thatsächlich als Erbe aufgetreten, sei also, je nachdem dieses Auftreten in gutem oder in bösem Glauben geschehen ist, pro herede oder pro possessore possessor. Allein in sehr vielen Fällen wird der Beweis der beklagtischen pro possessore possessio nur mittelbar zu führen sein, eben dadurch, daß die Ungültigkeit eines angeblichen Singulartitels und die Ueberzeugung des Beklagten hiervon nachgewiesen wird. Und mit Rücksicht auf diese Fälle darf so wenig das bloße Leugnen des Titels pro herede oder pro possessore, als die ganz allgemeine Berufung auf einen verschwiegenen Singulartitel für eine ausreichende Antwort auf die klägerische Behauptung der Passivlegitimation gelten:[72h]) es würde damit der reinsten Chicane Raum gegeben. Erforderlich ist vielmehr die Angabe eines bestimmten Singulartitels. Und ausschließlich auf die Ungültigkeit dieses bestimmten Titels und auf die Kenntniß des Beklagten von derselben hat sich folglich der klägerische Beweis zu richten, — nicht, wie die entgegenstehende Ansicht voraussetzt, ins Unbegrenzte dahin, daß Beklagter überhaupt nicht auf irgend einen gültigen Singulartitel besitze und dies wisse. Außer dieser fehlsamen Fassung des Beweissatzes beeinträchtigt m. E. noch ein zweiter Umstand die unbefangene Abwägung der Beweislast empfindlich, ich meine die unbewußte Nachwirkung der geschichtlichen Thatsache, daß das gegenwärtige Geschlecht unter dem Banne der formellen Beweistheorie des kanonischen Rechtes aufgewachsen ist, während die römische Rechtsprechung ebenso auf dem Boden der freien Beweiswürdigung stand, wie es die heutige thun sollte. Hat jedoch „das Gericht — unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach

72h) Vgl. CPO. §. 130 Abs. 1.

freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei," 72[1]) — so kann jener Beweis, wie er von uns gefaßt wird, durchaus nicht als unerschwinglich erscheinen. Gelingt er aber, so ist damit der Beklagte als pro possessore hingestellt und wird demnach auf die hereditatis petitio verurtheilt.

5. Sehr bestritten ist es, wie die Worte des Quorum bonorum:

possideresve, si nihil usucaptum esset —

zu verstehen, insbesondere in welchen Bezug dieselben etwa zu den vorangehenden:

quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides —

zu setzen seien.

Mit Recht hat Leist 73) dargelegt, daß man zu dem

72[1]) CPO. §. 259 Abs. 1. — Die Abhülfe gegen eine unbillige Beschwerung des Klägers durch die den allgemeinen Grundsätzen allein entsprechende Vertheilung der Beweislast ist in der freien Beweiswürdigung zu suchen, nicht in einer willkürlichen Ueberwälzung jener Last, wie es Dernburg Pandekten Bd. 3 §. 172 N. 16 2. Aufl. S. 348 will.

Irre ich nicht, so beruht auch die Entscheidung der l. 12 Cod. Th. de fide test. 11, 39 (oben S. 43 N. 71a) i. f. auf der freien Beweiswürdigung: wenn der Erbschaftskläger sein Erbrecht erwiesen hat, so ist es Sache des richterlichen Ermessens auf Grund des gesammten Verhandlungsmateriales zu entscheiden, ob Beklagter in mala oder in bona fide sei; der Beklagte wird durch sein eigenes Interesse, nicht kraft der gesetzlichen Vertheilung der Beweislast, genöthigt, seinen guten Glauben wahrscheinlich zu machen.

73) A. a. O. S. 377 ff.

possideresve nicht mit v. Savigny[74]) nur das unmittelbar vorhergehende „pro possessore" ergänzen darf, weil sonst der bonorum possessor gegen die usucapio des possessor pro herede schutzlos gewesen wäre. Ebenso ist ihm beizustimmen, wenn er umgekehrt die ausschließliche Beziehung des fraglichen Ausdrucks auf das „pro herede" verwirft.[75]) Dieselbe würde, wie bereits v. Savigny[76]) betont hat, nach der Stellung der Worte im Interdicte schon sprachlich unzulässig sein. Außerdem aber besaß, wenigstens seit dem senatus consultum Iuventianum,[77]) ein bösgläubiger Occupant dem Quorum bonorum gegenüber stets pro possessore; und es versteht sich von selbst,

74) Verm. Schriften Bd. 2 S. 230. S. 239 f. N. 2.

75) A. a. O. S. 383 f. Diese Ergänzung schreibt Leist Huschken Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 14 S. 203 f. und Francken Commentar S. 140 aus dem Grunde zu, weil die genannten Gelehrten den Begriff des possessor pro possessore so fassen, daß derselbe „außerhalb aller pro herede usucapio steht." Er geht dabei von der Anschauung aus, daß ein bösgläubiger Occupant besitzloser Nachlaßsachen, der sich nicht einmal lügenhaft für den Erben ausgiebt, also im Sinne der Genannten gegenüber der erbschaftlichen Universalklage possessor pro possessore ist, auch nach deren Ansicht nicht pro herede habe usucapiren können. S. oben Ziffer 3 S. 15 f. Vgl. jedoch Francke a. a. O. S. 144.

76) A. a. O. S. 230. Leist S. 391 unter 2, der dies sprachliche Bedenken durchaus anerkennt, meint dasselbe dadurch zu umgehen, daß er für die Zeit vor dem Iuventianum das „pro herede" nur in Gedanken ergänzt; denn freilich wird die weitere Ergänzung durch das „pro possessore" für jene Zeit durch seine Auffassung der pro possessore possessio beim Quorum bonorum verboten. Vgl. unten N. 88.

77) S. oben Ziffer 3 S. 12.

daß dem bonorum possessor auch gegen dessen Usucapion geholfen werden mußte.

Verfehlt dagegen erscheint uns Leists[78]) Widerspruch gegen die Ansicht Fittings,[79]) welche das „possideresve" auf Beides bezieht, d. h. auf „pro herede aut pro possessore": wir vermögen, wie ausgeführt,[80]) nicht, den Grund dieses Widerspruchs anzuerkennen, die Behauptung nämlich, daß für die Zeit vor dem Iuventianum jeder pro herede Usucapirende auch dem Quorum bonorum gegenüber als possessor pro herede gegolten habe.

Nichtsdestoweniger trifft Leists Bemerkung zu,[81]) daß auch mit dieser Beziehung ein Verständniß unsrer Clausel nicht gewonnen ist. Denn ungeachtet der Vollendung der Usucapion besitzt der Usucapient immer noch auf den nämlichen Titel weiter, auf welchen er vorher besessen und ersessen hat, indem er als Eigenthümer nunmehr zugleich pro suo besitzt.[82])

Wer demnach pro herede in gutem Glauben usucapirt hat, besitzt zweifellos immer noch pro herede; wer aber pro herede in schlechtem Glauben, also nach unsrer Auffassung dem Quorum bonorum gegenüber als possessor pro possessore, usucapirt hat, würde wenigstens nach unsrer Meinung jenem Rechtsmittel gegenüber ebenso stets possessor pro possessore geblieben sein.[83]) Was kann

78) A. a. O. S. 384 f.
79) Arch. für die Civil. Prax. Bd. 52 S. 241.
80) S. oben Ziffer 3 S. 12 ff.
81) A. a. O. S. 387 ff.
82) L. 1 pr. §. 1 D. pro suo 41, 10. l. 3 §. 4 D. de a. p. 41, 2.
83) Nach Leist S. 389 tragen der Usucapionstitel und der Titel der Passivlegitimation für die erbschaftliche Universalklage stets die gleiche Bezeichnung. Danach läßt er gemäß seiner Auffassung des Iuventianum den bösgläubigen

also der Prätor meinen, wenn er gleichwohl sagt: (quod) pro herede aut pro possessore possideres, si nihil usucaptum esset?

Leist selbst [84]) gelangt nun dazu, die Beziehung auf den Besitztitel überhaupt fallen zu lassen; er erklärt die Worte: possideresve, si nihil usucaptum esset, indem er den Ton ausschließlich auf den Gegensatz von Besitz und Eigenthum legt. Er übersetzt: „(was) Du noch lediglich besitzen würdest, wenn Du nicht bereits Eigenthümer geworden wärest." Es solle derjenige, der durch Usucapion Eigenthümer geworden ist, lediglich als Besitzer behandelt werden. In dem „possideres si" liege nicht nothwendig der Hinweis auf einen durch die Usucapion verlorenen Besitz, sondern könne ebenso gut liegen die Bezeichnung von etwas, das thatsächlich fortbestehe, dessen selbständiger juristischer Charakter aber in einem höhern Rechte untergegangen sei. Sobald durch Vollendung der Usucapion der bloße Besitzer zum Eigenthümer geworden, würde das gegen den Besitzer gerichtete Interdict gegen ihn nicht mehr zulässig sein, wenn nicht eben durch die fragliche Revocationsclausel der Usucapion bestimmt wäre, der Eigenthümer solle noch als Besitzer behandelt werden. Der Gedanke dieser Clausel liege also nicht darin, daß der Eigenthümer Gewordene aufhörte, Besitzer zu sein, sondern darin, daß er nicht aufhöre, im juristischen Sinne dem Kläger als Besitzer gegenüber zu stehen.

Wäre es dem an vorstehende Auslegung verwendeten Scharfsinne gelungen, die dem possideresve abgerungene,

Occupanten besitzloser Nachlaßsachen folgerecht pro possessore usucapiren, denselben dann aber, sobald er die Usucapion vollendet hat, m. E. ganz willkürlich in einen possessor pro herede sich umwandeln.

84) A. a. O. S. 385 f.

höchst eigenthümliche, Bedeutung auch sprachlich annehmbar zu machen, [85]) so möchte dieselbe sachlich zur Noth immerhin als annehmbar gelten. Indessen ist sie glücklicherweise nicht erforderlich: das Verständniß unserer Clausel läßt sich ohne jeglichen Zwang gewinnen.

Ohne Zweifel nämlich sind die bedenklichen Worte zurückzubeziehen auf das Vorhergehende „quod de his bonis," [86]) d. h. von derjenigen Nachlaßmasse, deren possessio ex edicto dem Kläger ertheilt worden ist. Sachen aber, welche zwar ursprünglich dazu gehört haben, inzwischen jedoch von einem Dritten usucapirt worden sind, gehören eben deshalb nun nicht mehr zu der Nachlaßmasse, den bona. [87]) Obwohl also auch nach Vollendung der Usucapion der Usucapient noch immer pro herede oder pro possessore

85) §. 5 J. de act. 4, 6, wo es von der (fälschlich Publiciana rescissoria genannten) Klage, welche dem frühern Eigenthümer rescissa usucapione gegen den Usucapienten ertheilt wird, heißt: permittitur domino, si possessor rei publicae causa abesse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione eam petere, id est, ita petere, ut dicat, possessorem usu non cepisse, et ob id suam rem esse (Leist a. a. O. S. 386 f. N. 89) — wird schwerlich als Beweis für den behaupteten Sprachgebrauch gelten.

86) Wie auch Leist S. 385 thut.

87) Vgl. l. 21 D. de H. P. 5, 3 (Gai. lib. 6. ad ed. prov.): Deperditum intellegitur, quod in rerum natura esse desiit: deminutum vero, quod usucaptum esset et ob id de hereditate exiit. cfr. die Worte des s. g. senatus consultum Iuventianum: pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere — in l. 20 §. 6b §. 17 eod. Lammfromm Beiträge zur Geschichte der Erbschaftsklage. Tübingen 1887. S. 32 f.

besitzt, würde er doch ohne unsre Clausel dem Quorum bonorum nicht haften, weil ohne dieselbe das Interdict nur auf die zur Nachlaßmasse gehörigen Sachen gehen würde. Der einfache Sinn der Clausel ist also der:

„die von Dir besessenen Sachen, welche zum Nachlasse gehören würden, wenn sie nicht usucapirt wären.“

Nunmehr aber erhellt ohne weiteres die Nothwendigkeit, zu dem „possideresve“ das „pro herede aut pro possessore“ zu beziehen.[88]) Denn ohne diese Beziehung würde ja das Quorum bonorum gegen einen jeden Besitzer ehemaliger Nachlaßstücke gehen, welche auf irgend einen Titel hin bereits usucapirt sind, während dasselbe wegen nicht usucapirter Nachlaßsachen auf den possessor pro herede und pro possessore beschränkt ist.

Zugleich ist damit die andere Behauptung Fittings[89]) erwiesen, wonach laut dieser Clausel „auch bei einem solchen, welcher dem interdictum Quorum bonorum und der hereditatis petitio gegenüber nur pro possessore besitzt, die Möglichkeit einer pro herede usucapio und folglich einer pro herede possessio in dem andern Sinne vorausgesetzt“ wird. Es liegt hierin m. a. W. ein weiterer Beweis für die, auch von uns vertretene, Auffassung Fittings von der possessio pro possessore gegenüber dem Quorum bonorum.

Endlich ergiebt sich hieraus auch, wie grundfalsch die Meinung v. Savignys[90]) ist, daß der Prätor mittels

88) Leist a. a. O. S. 391 f. unter 3 will dies blos „hinzu denken“. Es ist das eine Folge seiner irrigen Auffassung der pro possessore possessio beim Quorum bonorum in der Zeit vor dem Iuventianum und beschränkt sich demgemäß auf die Zeit nach diesem senatus consultum. Hinsichtlich der frühern Zeit s. oben N. 76.

89) Arch. Bd. 52 S. 241.

90) Verm. Schr. Bd. 2 S. 238.

unsrer Clausel dem bonorum possessor Restitution gegen die vollendete Usucapion zugesichert habe. Indem der Prätor dem Usucapienten gebietet: quod de his bonis — possideres —, si nihil usucaptum esset, — id illi restituas — spricht er vielmehr das gerade Gegentheil der in integrum restitutio aus. Denn die Eigenthümlichkeit dieses Rechtsbehelfes liegt darin, daß einer juristischen Thatsache ihre rechtliche Wirkung unmittelbar durch Richterspruch spruch wieder entzogen wird;[91]) das Quorum bonorum dagegen überträgt keineswegs kraft seines Erlasses das vom Usucapienten erworbene Eigenthum ehemaliger Nachlaßsachen auf den bonorum possessor zurück, befiehlt vielmehr dem Usucapienten, durch seine Thätigkeit mittels der geeigneten Uebertragungsform das Eigenthum jener Sachen dem bonorum possessor zurückzuverschaffen.[92]) Ersessene res mancipi muß also der Usucapient ihm mancipiren oder in iure cediren; bei usucapirten res nec mancipi genügt zur Rückgewährung des Eigenthums die einfache Tradition: diese erfolgt hier ex iusta causa dominii transferendi.[93])

Auch Leist[94]) also hat keine klare Vorstellung von der Wirkung unsrer Clausel, wenn er, und zwar im Gegen-

91) Windscheid Pand. Bd. 1 §. 114 zu N. 3 ff.
92) Vgl. Windscheid a. a. O. zu N. 6.
93) Vgl. diese Serie des Commentars Thl. 1 §. 1835a Ziffer 19 S. 128 vor N. 67.
94) A. a. O. S. 392 Ziffer 77 a. E. vgl. S. 379 N. 80, wo von der Vorschrift des Iuventianum: hereditatem petendo perinde eam consequi, atque si usucapta non esset (Gai. II, 57) gesagt wird: „Das ist ganz (oder fast ganz) gleichen Sinnes, wie wenn es hier beim Interdict heißt, man solle belangt werden, als wenn man ohne Rücksicht auf Usucapion (si nihil usucaptum esset) lediglich noch Besitzer der Sache wäre." Die hier gerügte Unklarheit verräth sich in den Worten „oder fast ganz." Es ist in der That ganz und gar kein Unterschied.

satze zu v. Savigny, meint, der Prätor wolle mittels der in ihr enthaltenen Fiction nicht speciell eine Rescission der Usucapion aussprechen, wonach die letztere als geschehen, aber hinterdrein infolge des Auftretens des bonorum possessor als wieder aufgehoben erschiene; es gelte vielmehr dem angestellten Interdicte gegenüber die Usucapion einfach als nie eingetreten. Da selbstverständlich der Prätor gar nicht imstande ist, den civilen Eigenthumserwerb durch Usucapion als solchen ungeschehen zu machen, sondern lediglich dessen praktische Wirkungen auszuschließen vermag, so würde diese Ansicht darauf hinauslaufen, daß der Usucapient nichts als das nudum ius Quiritium erwürbe, der bonorum possessor aber trotz der Usucapion das in bonis behielte. Verträgt sich das aber mit den Worten: quod de his bonis — possideres —, si nihil usucaptum esset —? In Wahrheit liegt hierin ganz und gar keine Fiction: die usucapirten Sachen gelten keineswegs als nicht usucapirt, also als noch in bonis des Impetranten befindlich, so daß sie deshalb restituirt werden müßten; sondern gerade umgekehrt müssen dieselben restituirt werden, obwohl sie usucapirt und somit nicht mehr in his bonis sind.

v. Savigny[95]) hat bekanntlich die Vermuthung ausgesprochen, unsere Clausel sei erst unter Hadrian, als Ausdruck des Hadrianischen Senatusconsults in Anwendung auf den bonorum possessor, in das Edict gesetzt worden. Gewiß mit Recht ist hiergegen von Leist[96]) Widerspruch erhoben worden. Hätte nicht trotz der Vollendung seiner

95) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 5 S. 20 ff. Zustimmend Huschke de causa Siliana p. 12 (Studien des Röm. Rechts S. 12) N. 19. Arndts Beiträge S. 93 (ges. Schriften S. 368).

96) Die bonorum possessio Bd. 1 §. 21; dieser Commentar Ser. der Bücher 37 u. 38 Thl. 1 S. 377 ff. S. auch Puchta Cursus der Institutionen §. 316 N. c.

usucapio pro herede der possessor pro herede wie der possessor pro possessore mittels des Quorum bonorum von jeher zur Herausgabe auf der aus dem Nachlasse bereits ersessenen Sachen genöthigt werden können, so wäre für eine große Anzahl von Fällen die bonorum possessio selbst ein völlig verfehltes Gebilde gewesen. Denn gemäß dem successorium edictum [97]) wurde sie dem an entfernter Stelle Stehenden recht oft erst so spät angeboten, daß er bereits im Augenblicke der Delation die meisten Nachlaßsachen usucapirt fand, also schwerlich eine Erbfolge agnoscirt hätte, welche ihm nur dann Gewinn versprach, wenn er jene Sachen beanspruchen durfte. Hätte dagegen unsre Clausel im Quorum bonorum bis zu dem Senatusconsult unter Hadrian gefehlt, so würde damals kaum noch ein Bedürfniß bestanden haben, sie einzufügen: der bonorum possessor cum re konnte die usucapio pro herede mittels seiner hereditatis petitio possessoria unschädlich machen; das Gleiche dem bonorum possessor sine re kraft des Quorum bonorum zu gewähren, war durch die Rücksicht auf die Erbschaftsgläubiger jetzt nicht mehr geboten. Denn da nach eben jenem Senatusconsult der bonorum possessor sine re als solcher unter allen Umständen auf dauernden Gewinn aus seinem Erbschaftsbesitze nicht mehr hoffen durfte, würde auch diese Vergünstigung für ihn keinen erhöhten Anreiz zur Agnition der bonorum possessio abgegeben haben; umgekehrt dagegen ließ sich jetzt, wo die vollendete usucapio pro herede dem wahren heres nicht mehr schadete, um so sicherer erwarten, daß der zur hereditas Berufene dieselbe wirklich erwarb, sofern ihm der Nachlaß nebst den daraus bereits pro herede usucapirten Sachen

97) Welches sicherlich ein „Urbestandtheil der bonorum possessio" war. Leist in diesem Commentar a. a. O. S. 325.

noch einen Gewinn versprach. Das Vorkommen unsrer Clausel im Quorum bonorum begreift sich also nur unter der Voraussetzung, daß sie von Anfang an darin gestanden hat. [98])

Ist dies aber richtig, so ergiebt sich weiter, daß bis zu dem erwähnten senatus consultum auch nach der siegreich durchgeführten hereditatis petitio (directa wie possessoria) gegen den rechtskräftig verurtheilten possessor pro herede oder possessore, welcher dem Urtheile völlig nachgekommen war, das Quorum bonorum insofern noch immer Bedeutung hatte, als lediglich mit seiner Hülfe eine vollendete pro herede usucapio sich für den endgültigen Erben unschädlich machen ließ.

6. Das Verständniß der Schlußclausel unseres Interdictes: [99])

quodque [100]) dolo malo fecisti, uti desineres possidere — bereitet keine Schwierigkeit.

98) So hat denn auch v. Savigny in einem Zusatze zu seinem ältern Aufsatze, vermischte Schriften Bd. 2 S. 239 Anm. 1 anerkannt, daß die von seiner früher ausgesprochenen ganz abweichende Meinung Leists und Puchtas „mit erheblichen Gründen" aufgestellt worden sei.

99) Vgl. Leist a. a. O. Ziffer 78 S. 392—398.

100) Die Florentina lieset: „quod quidem." Da „dieses auf eine nähere Bestimmung des vorhergehenden Falls zu deuten scheint, anstatt daß hier ein ganz neuer Fall anfängt", so schlägt v. Savigny a. a. O. S. 228 vor „quodque" zu lesen, wie es schon ältere Ausgaben auf Grund der Vulgata haben. Nach Huschke de causa Siliana p. 12 sq. (in Studien des Römischen Rechts S. 12) n. 20 wäre das „quod quidem" eine Interpolation der justinianischen Compilatoren, mittels deren diese dem ihnen unverständlichen „possideresve, si nihil usucaptum esset" den Sinn abgewonnen hätten, es sollten auf das Quorum bonorum auch solche Nachlaßsachen

Diese Clausel bezieht sich gleichmäßig auf alle vom Besitzer dolo malo veräußerten Nachlaßsachen ohne Unterschied, ob derselbe diese Sachen bereits usucapirt hatte oder nicht.

Vielleicht ist diese Clausel erst ein späterer Zusatz unseres Interdictes. Bekanntlich hat C. Aquilius Gallus, Prätor i. J. 688 d. St., ein umfassendes Formular, die stipulatio Aquiliana, aufgestellt, mittels dessen die verschiedenartigsten Haftungen, darunter auch diejenigen aus nichtobligatorischen Verhältnissen, zwecks der Aufhebung durch Acceptilation in eine verborum obligatio umgewandelt werden können. Dieses Formular ist uns sowohl in l. 18 §. 1 D. de accept. 46, 4 als in §. 2 J. quib. mod. obl. toll. 3, 29 überliefert, und zwar mit der Abweichung, daß an ersterer Stelle die Worte: dolove malo fecisti, quo minus possideas — fehlen. Beruht dies nicht etwa darauf, daß dieselben hier infolge eines Versehens ausgelassen worden sind, so werden sie umgekehrt an der andern Stelle als Zuthat gelten müssen, welche auf Grund der weitern Rechtsentwickelung wohl noch im Zeitalter der classischen Jurisprudenz hinzugekommen ist. Dann jedoch ergiebt sich von selbst die Annahme, daß C. Aquilius Gallus bei Aufstellung seines Formulares die Haftung des dolo desinens possidere, quasi possideret, entweder überhaupt nicht vorfand, oder doch höchstens in geringer Anwendung: [1]) schwerlich würde er dieselbe in seinem auf möglichste Vollständigkeit angelegten Formulare übergangen haben, wenn sie damals schon in unserm Interdicte proponirt gewesen wäre.

restituirt werden, die ein dritter gutgläubiger Erwerber auf Grund einer Veräußerung seitens des bösgläubigen Nachlaßbesitzers usucapirt habe, was bis zur Nov. 119 bei Grundstücken möglich war.

1) Leist a. a. O. S. 395 vor N. 98.

Anderseits kann ihre Aufnahme in das Interdict kaum später erfolgt sein, als im Beginne des Principates. Wir wissen nämlich, daß Labeo, der auch in anderen Fällen das dolo desiisse possidere dem possidere gleichstellte, [2]) wenigstens bei einzelnen Interdicten, bei denen kraft ihrer Fassung die Passivlegitimation lediglich durch factum immissum habere begründet wird, das dolo malo fecisse, quo minus haberetur, ebenso als selbstverständlichen Haftungsgrund betrachtete. [3]) Diese Ansicht wurde für Interdicte allgemein gebilligt; [4]) und eben deshalb konnte die Aufnahme einer besondern, jene Haftung aussprechenden, Clausel in die Interdicte der genannten Classe als überflüssig unterbleiben. Wir werden danach annehmen dürfen, daß die Fassung derjenigen Interdicte, welche auffeiten des Impetraten ein possidere oder dolo malo fecisse, quo minus possideretur oder dergl., erfordert, und namentlich die dahin lautende Fassung des Quorum bonorum, wo nicht bereits vor Labeos Lehrmeinung aufgestellt worden ist, so doch sicherlich bereits zu einer Zeit, in welcher diese Meinung noch nicht zu unbestrittener Herrschaft gelangt war. Wäre dagegen die Haftung des dolo desinens possidere erst von der hereditatis petitio auf das Quorum bonorum erstreckt, so würde dazu eine ausdrückliche Clausel um so weniger erforderlich gewesen sein, als eine solche ja bei

2) L. 15 D. ad exhib. 10, 4. l. 24 D. de nox. act. 9, 4. l. 1 §. 12 D. si quis om. c. test. 29, 4.

3) L. un. §. 13 D. ne quid in flum. publ. 43, 13. l. 2 §. 42 D. ne quid in loco publ. 43, 8. S. Thl. 1 dieser Serie des Commentars S. 336 f.

4) L. 157 §. 1 D. de R. J. 50, 17 (Ulp. lib. 70., nicht 71., ad ed.): — semper qui dolo fecit, quo minus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet. S. a. a. O. S. 337 N. 19.

dem vermeintlichen Vorbilde niemals vorgekommen ist. [5]) Vielmehr: wie die im Quorum bonorum ausdrücklich bezeichnete Passivlegitimation der possessores pro herede und pro possessore auf die neue hereditatis petitio per formulam petitoriam von Anfang an stillschweigend übernommen, [6]) und die im Interdicte ebenfalls ausdrücklich vorgeschriebene Haftung für die pro herede bereits usucapirten Nachlaßsachen durch das bei Gai. II, 57 erwähnte Senatusconsult auf diese Klage übertragen worden ist, ohne daß deshalb ein Formelzusatz für nothwendig erachtet worden wäre, [7]) — so ist endlich die im Interdicte nicht minder ausdrücklich angeordnete Haftung des dolo desinens possidere durch das Senatusconsult v. J. 129 [7a]) auch für die hereditatis petitio verordnet, und zwar wiederum ohne Aenderung in deren Formel.

Wie dem jedoch immer sei: unter allen Umständen ist auf jene Clausel kein wesentliches Gewicht zu legen bei

5) So ist hinsichtlich der Haftung des liti se offerens, quasi possideret, welche in der That von der hereditatis petitio auf das Quorum bonorum erstreckt worden ist, eine Clausel in das letztere nicht eingerückt worden. L. 13 §. 13 D. de H. P. 5, 3. Vgl. diesen Commentar Thl. 1 vorliegender Serie §. 1838 Ziffer 88 S. 72 ff.

6) D. h. ohne den Zusatz: quidquid $N_s N^s$ ex ea hereditate pro herede aut pro possessore possidet. So v. Keller der römische Civilproceß §. 28 6. Ausg. S. 135. Gegen die abweichende Ansicht Lenels ed. perp. §. 65 S. 139 s. Lammfromm a. a. O. §. 2 S. 8 ff. S. auch oben Ziffer 3 N. 43 S. 25.

7) Lenel a. a. O. S. 140 §. 66 a. E.

7a) Lammfromm a. a. O. §. 11 S. 101—110. §. 13 S. 116—124, und namentlich §. 14 S. 124—143. — L. 27 §. 3 D. de R. V. 6, 1. A. M. insbesondere Francke a. a. O. (zu l. 25 §. 2 D. de H. P. 5, 3) S. 270.

der Frage, welche praktischen Erwägungen den besondern Inhalt unseres Interdictes bestimmt haben.

Ist übrigens unsere Ansicht richtig, so gilt für das praktische Verhältniß zwischen hereditatis petitio und Quorum bonorum bis zum Iuventianum hinsichtlich dieser Clausel das Gleiche, was wir oben S. 56 hinsichtlich der usucapio pro herede bemerkt haben.

7. Das Quorum bonorum ist gemäß seiner edictsmäßigen Fassung restitutorisch und, da es bezweckt, dem bonorum possessor den von ihm noch nicht erlangten Besitz der körperlichen Nachlaßsachen aus den Händen des possessor pro herede oder pro possessore zuerst zu verschaffen, adipiscendae possessionis.

L. 1 §. 1 h. l. (*Ulp.* lib. 67. ad ed.): Hoc interdictum restitutorium est — et appellatur Quorum bonorum et est apiscendae possessionis universorum bonorum.

L. 2 §. 3 D. de interd. 43, 1 (s. Thl. 1 dieser Serie §. 1835b S. 171).

Gai. IV, 144: Adipiscendae possessionis causa interdictum bonorum possessori, cuius principium est Quorum bonorum; eiusque vis et potestas haec est, ut quod quisque ex his bonis, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituatur. (folgen die oben Ziffer 2 S. 6 f. abgedruckten Worte: pro herede — possidet:) ideo autem adipiscendae possessionis vocatur [*interdictum*], quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem. itaque si quis adeptus possessionem amiserit, desinit ei id interdictum utile esse.

Fast wörtlich ebenso §. 3 J. de interd. 4, 15.

Gegen Erbschaftsschuldner, welche die Erfüllung ihrer Verbindlichkeit aus dem Grunde verweigern, weil sie selbst,

sei es in schlechtem, sei es in gutem Glauben, Universalsuccessoren des Gläubigers zu sein behaupten, geht das Interdict nicht: es ist auf die Verfolgung körperlicher Nachlaßsachen beschränkt.

L. 2 D. h. t. (*Paul.* lib. 20. ad ed.): Interdicto Quorum bonorum debitores hereditarii non tenentur, sed tantum corporum possessores.

Dagegen ist es für den Erfolg des Interdicts unwesentlich, ob die beanspruchten Sachen Eigenthum des Erblassers gewesen sind; nur darauf kommt es an, daß sie sich im Augenblicke seines Todes in seinem, juristischen oder natürlichen, Besitze befunden haben, oder daß der Impetrat bereits dem Erblasser selbst den Besitz mit bewußter Rechtswidrigkeit entzogen hat. [8])

Es ergiebt sich dies schon aus der hier gewiß unbedenklichen Analogie der hereditatis petitio, mit welcher unter den angegebenen Voraussetzungen sogar der Besitz solcher Sachen verfolgt wird, die der Erblasser als praedo besessen hatte.

L. 19 §. 2 D. de H. P. 5, 3 (*Paul.* lib. 20. ad ed.): Veniunt et hae res in hereditatis petitionem, in quibus possessor retentionem habuit, non etiam petitionem: veluti si iuraverat defunctus, petitoris rem non esse, et decesserit, debent hae quoque restitui . immo et si possessor sua culpa eas amiserit, tenebitur hoc nomine . idemque erit et in praedone, licet hic propter culpam non teneatur: quia nec hic debet has res retinere.

Die herrschende Auffassung dieser Stelle ist freilich eine völlig andere. Indem sie die Worte: ***immo et si possessor sua culpa eas amiserit, tenebitur hoc nomine*** auf den beklagten bonae fidei possessor von Nach=

8) S. oben Ziffer 3 S. 28 N. 46.

laßsachen bezieht, versteht sie den gesperrt gedruckten Schlußsatz vom beklagten malae fidei possessor solcher Sachen. Dabei bereitet dann die Bemerkung: *licet hic propter culpam non teneatur* arge Schwierigkeit. Es wird hier genügen, ohne Berücksichtigung älterer Erklärungsversuche, [9]) welche zugleich an eigenthümlichen Irrthümern leiden, den correctesten Ausdruck der üblichen Ansicht zu prüfen, wie wir ihn bei Francke [10]) finden. Dort heißt es: „Was aber sollen die Worte *licet hic propter culpam non teneatur* bedeuten? Der malae fidei possessor haftet ja schon vor erhobener Klage nicht blos für Dolus, sondern auch für Culpa. Und Paulus wollte und konnte in der That nicht sagen, daß derselbe gar nicht für Culpa einstehe. Er hat aber vorher ausgesprochen, daß der b. f. possessor nach erhobener Klage auch wegen dieser Sachen für Culpa einstehet. Hier aber sagt er, daß es beim malae fidei possessor auf Culpa nicht ankommt, daß seine Haftpflicht nicht auf Culpa beruhet, indem er vielmehr sogar den Casus trägt, was wir als Paulus Gedanken subintelligiren müssen. Der Sinn ist also, der Kläger braucht seinen Anspruch nicht auf Culpa des malae fidei possessor zu begründen, wie er gegen den bonae fidei possessor dies müßte, wenn im Laufe des Processes diese Sachen verloren gegangen sind."

Da das, was wir zur Widerlegung dieser Darstellung vor Jahren an anderer Stelle [11]) gesagt haben, unbeachtet geblieben ist, [12]) so glauben wir, es hier wörtlich wiederholen zu dürfen.

9) S. darüber v. Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 17 N. F. Bd. 5 S. 425.
10) Commentar ad h. l. S. 207 f.
11) v. Iherings Jahrb. a. a. O. S. 432 ff. (1879).
12) Vgl. Dernburg Pandekten Bd. 3 §. 172 N. 23 2. Aufl.

„Schon die Verknüpfung des ganzen Gedankenganges mit dem Vorangehenden erscheint in hohem Maße bedenklich. Welcher Grund wohl hätte den sonst so wortkargen Paulus veranlassen sollen, gerade an dieser überaus unpassenden Stelle den bekannten Unterschied zwischen der Haftung des bonae fidei possessor und derjenigen des malae fidei possessor zu erörtern?"

„Stümperhafter aber, verwirrender, als es ihm die herrschende Auslegung zumuthet, hätte er sich gewiß kaum ausdrücken können. — Er wendet sich vom Gegenstande der H. P. zu der Person des Beklagten; diese bezeichnet er schlechthin als possessor: wer kann hierunter etwas Anderes verstehen, als den Beklagten bei der H. P. überhaupt, — sei dieser in bona oder in mala fide? Meinte Paulus hier in der That nur den bonae fidei possessor, so hätte er das sagen müssen. Für einen Schriftsteller, welcher nicht geradezu an Gedankenunklarheit leidet, ist es unerhört, eine Beschränkung seines Ausdruckes, auf welche alles ankommt, aus dem Folgenden errathen zu lassen. — Gesetzt aber, Paulus wollte wirklich in den Worten *immo — nomine* ausschließlich vom bonae fidei possessor und in den folgenden vom malae fidei possessor reden: wozu

S. 349. Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 3. 6. und 7. Aufl. §. 612 N. 1. (In der 5. Aufl. S. XI war mein Aufsatz in den Nachträgen zu der angeführten Stelle citirt.) Emanuel Cohn die Voraussetzungen der hereditatis petitio, die Verpflichtungen des Verklagten und dessen Gegenansprüche. Inaug.-Diss. Breslau 1883 §. 4 S. 10 f. Brinz Lehrbuch der Pandekten Bd. 3 Abth. 1 2. Aufl. 1886. §. 402 S. 239 N. 4 a. E. Lammfromm Beitr. zur Geschichte der Erbschaftsklage Tüb. 1887 S. 60. — Erwähnt und unbedingt gebilligt finde ich meine Ausführung bei Pfersche privatrechtliche Abhandlungen S. 315 zu N. 2.

dann weiter die Beschränkung auf die Zeit post controversiam motam? Freilich haftet vor dieser Zeit der bonae fidei possessor für Verlust einer Erbschaftssache überhaupt nicht; aber der malae fidei possessor haftet doch schon vorher für omnis culpa. — Und wie schülerhaft wiederum, wie leicht dem Mißverständnisse ausgesetzt ist es, jene zeitliche Beschränkung aus dem Inhalte der Entscheidung folgern zu lassen, statt sie mit drei Worten anzugeben! — Dann vollends der Uebergang auf den praedo! Zugegeben selbst, der Satz: *immo — nomine* — beziehe sich ausschließlich auf den bonae fidei possessor: das ist u. E. völlig unzulässig, auch die im Vorhergehenden rein objectiv erörterte Restitutionspflicht auf einen solchen Besitzer ausschließlich zu beziehen. Jene Erörterung muß unterschiedslos auf alle mit der H. P. belangbaren Besitzer bezogen werden, schlechtgläubige nicht minder, wie gutgläubige. Jetzt aber betrachte man den Satz: *idemque erit et in praedone, licet hic propter culpam non teneatur*. Er kann in diesem Zusammenhange gar nicht sagen: auf Restitution haftet nicht blos der bonae fidei possessor, sondern auch der malae fidei possessor, jedoch mit einem Unterschiede hinsichtlich der Culpa. Der Satz kann sprachlich vielmehr nur von der Haftung für Culpa verstanden werden. Dann jedoch sagt er: Ebenso, wie der bonae fidei possessor für Culpa haftet, haftet dafür auch der malae fidei possessor, obgleich dieser für Culpa nicht haftet! — Aber damit sind wir noch nicht zu Ende. Licet hic propter culpam non teneatur. Das soll heißen: er haftet nicht allein für Culpa, sondern auch für Casus! Fürwahr, um dergleichen als den Gedanken des Paulus subintelligiren zu müssen, dürfen wir nach den allerzwingendsten Gründen fragen. „Der Kläger braucht seinen Anspruch nicht auf Culpa des malae fidei possessor zu begründen, wie er gegen den bonae fidei possessor dies müßte, wenn im Laufe des Processes

diese Sachen verloren gegangen sind." Allein es ist unbestreitbar, daß die Restitutionspflicht eines jeden Beklagten bei der H. P. auf dem, bei ihm nachgewiesenen, Besitze von Nachlaßstücken pro herede oder pro possessore beruht. Es ist Einrede des bonae fidei possessor, daß ungeachtet der von ihm angewandten summa diligentia die Restitution vereitelt, er somit liberirt worden sei. Erweiset dagegen der Kläger die mala fides des Beklagten, so wird wegen der damit constatirten Mora des Besitzers jene Einrede nur dann überhaupt zugelassen, wenn sie zugleich dahin geht, daß auch bei rechtzeitiger Restitution das Object dem Erben verloren gegangen sein würde. Es gründet sich also der Anspruch des Erben gegen den bonae fidei possessor ebenso wenig auf dessen Culpa, als sein Anspruch gegen den malae fidei possessor auf dessen mala fides. — Und endlich noch: *quia nec hic debet has res* retinere. Francke faßt die Worte *licet teneatur* als Parenthese und bezieht das *retinere*, seinem Sinne entsprechend, auf die beim Praedo noch vorhandenen Sachen. Daß alsdann aber unser Satz mindestens völlig müssig erscheint, hat Francke sich natürlich nicht verbergen können. „Wenn ein bonae fidei possessor diese Sachen herausgeben muß, so versteht es sich freilich ganz von selbst, daß auch der malae fidei possessor sie nicht behalten darf." Weit anstößiger noch ist die Auffassung der Glosse. Sie versteht unsern Satz von der Restitutionspflicht auch für verlorene Sachen. Völlig unbefangen erläutert sie das *retinere*: sive habet vel non habet. Hiernach sagt der wortkarge Paulus also gar: Der praedo muß restituiren, weil er restituiren muß. Will man auf dem Boden der herrschenden Auffassung dieser unausstehlichen Tautologie entgehen, so bleibt nichts übrig, als, im geraden Gegensatze zu Francke, unsern Satz als Begründung des unmittelbar vorhergehenden Ausspruches: licet hic propter culpam non teneatur—

zu nehmen. Dabei ist selbstverständlich jener Ausspruch auf die Haftung des praedo für Casus zu beziehen. Wie traurig nur, daß hierbei retinere gerade als Zurückbehalten verlorener Sachen zu verstehen ist!"

„Damit, meine ich, ist die Unhaltbarkeit der herrschenden Erklärung genugsam dargethan. Ihr Grundirrthum liegt in dem Gegensatze, welchen sie zwischen dem possessor der Worte: *immo* — *nomine* — und dem praedo des folgenden Satzes annimmt."

„Jene Worte: *immo* — *nomine* — enthalten, wie Francke mit Recht sagt, den richtigen Satz, daß der Beklagte für solche Sachen, die nicht Eigenthum des Verstorbenen waren, die sich aber aus einem Rechtsgrunde im Nachlasse befinden, dem Erben gerade so haftet, wie für eigentliche Erbschaftssachen. Er haftet dafür, eben wie für eigentliche Erbschaftssachen, auch hinsichtlich des Mangels der erforderlichen Diligenz. D. h. sofern die Naturalrestitution vereitelt wird, hat er bei jenen Sachen genau nach denselben Grundsätzen, wie bei eigentlichen Erbschaftssachen, dem Erben das volle Interesse zu ersetzen: der bonae fidei possessor haftet auch hier erst nach der Ladung für culpa; der malae fidei possessor haftet von seiner mala fides an für omnis culpa und post controversiam motam auch für Casus."

„Darauf wendet sich Paulus zu anderen Sachen, welche sich in einem Nachlasse finden können. Es sind dies solche, welche der Erblasser vi aut clam in Besitz genommen hatte, m. a. W. Sachen, welche der Erblasser als praedo besaß. Auch sie muß der possessor pro herede oder pro possessore auf die H. P. des wahren Erben herausgeben, soweit er sie noch besitzt. Denn es liegt kein Grund vor, ihm deren Behalten — retinere — zu gestatten. Dies ist der Sinn der Worte:

Idemque erit et in praedone, — quia nec hîc debet (sc. possessor) has res retinere.

Sprachlich ist diese Beziehung des Ausdrucks *in praedone* auf den Erblasser durchaus ungezwungen. Ja, sie erscheint als selbstverständlich, wenn wir, dem Zusammenhange gemäß, den Satz: *immo — nomine* als Parenthese betrachten. An die Bemerkung: veluti si iuraverit defunctus, petitoris rem non esse, et decesserit, debent hae quoque restitui — schließt sich dann ganz unmittelbar der Fortgang der Erörterung mit: idemque erit et in praedone."

„Sachlich aber ist diese Erklärung gewiß nicht allein ohne jedes Bedenken, sondern geradezu nothwendig."

„Es ist in der That nicht einzusehen, weshalb der Besitzer jene Sachen dem wahren Erben soll vorenthalten dürfen. Der possessor pro herede, also der vermeintliche [13]) Erbe, hat sie doch nur in Besitz genommen, weil sie sich im Nachlasse befanden. [14]) Es müssen aber selbst die bonae fidei possessores alles herausgeben, was sie von diesem Nachlasse noch haben: condemnandos — usque eo dumtaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent; omne

13) In den Jahrbüchern S. 436 folgen hier noch die Worte: „oder angebliche;" dieselben mußten gestrichen werden, weil ich jetzt denjenigen Besitzer von Nachlaßsachen, der sich wider besseres Wissen für den Erben ausgiebt, nicht mehr für einen possessor pro herede halte. S. oben Ziffer 3.

14) Zusatz. Vgl. l. 88 D. de A. v. O. H. 29, 2 (Paul. lib. 1. quaest.): Gerit pro herede, qui animo adgnoscit successionem, licet nihil attingat hereditarium. unde et si domum pignori datam sicut hereditariam retinuit, cuius possessio qualisqualis fuit in hereditate, pro herede gerere videtur: idemque est et si alienam rem ut hereditariam possedisset.

lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori quam praedoni dicendum est.[15]) Um so mehr versteht sich dies vom possessor pro possessore."

„Nun aber weiset Paulus auf einen erheblichen Unterschied hin, der in der Restitutionspflicht zwischen diesen Sachen und anderen Nachlaßstücken obwaltet. Der Besitzer wird dem wahren Erben wegen dieser Sachen nicht haftbar, wenn er durch Mangel an Diligenz ihre Restitution vereitelt hat: licet hic (i. e. hoc casu) propter culpam non teneatur (sc. possessor). M. a. W. der Erbe kann hier nicht Ersatz des Interesse verlangen, denn sein Interesse wegen solcher Sachen ist eben kein rechtlich anerkanntes und geschütztes."

„Die Stelle schließt also die Einrede der iniusta possessio des Erblassers in dem Sinne aus, daß der Beklagte dadurch der Restitutionspflicht wegen der bei ihm noch vorhandenen Sachen der fraglichen Art überhoben würde. Wohl dagegen kann jene Einrede mit der Wirkung vorgeschützt werden, daß dadurch die Interesseleistung wegen solcher Sachen abgelehnt wird."[16])

Mit der Haftung für Culpa ist aber schwerlich zugleich die Haftung für Dolus des Besitzers verneint: es würde sonst in seiner Hand liegen, die kraft der Innehabung solcher Sachen begründete Restitutionspflicht willkürlich zu vereiteln. Und dem Dolus wird auch hier die lata culpa gleichzustellen sein.

Unter dem erblassenden praedo ist jedoch nicht nur ein Besitzer zu verstehen, welcher sich den Besitz vi aut clam angeeignet hat, sondern ohne Zweifel auch ein solcher, welcher ihn zwar iuste, aber wissentlich auf Grund eines

15) L. 20 §. 6c. l. 28 D. de H. P. 5, 3.

16) Soweit meine Ausführung in den Jahrbüchern für die Dogmatik.

nichtigen Titels an sich gebracht hat. Es sind m. a. W. auf die hereditatis petitio des wahren Erben von jedem possessor pro herede und pro possessore auch diejenigen Sachen herauszugeben, deren Besitz der Erblasser in angeführter Weise erworben hatte.

Um so mehr versteht sich dies von fremden Sachen, welche der Erblasser zwar auf Grund eines gültigen Titels, aber mala fide besaß. [17]) Völlig unzweifelhaft ist es von

17) Es ist nicht immer sicher zu erkennen, ob ein Schriftsteller, welcher solche Sachen von der hereditatis petitio ausschließt, deren Besitz der Erblasser entweder vi aut clam, also iniuste, oder, obschon iuste, wissentlich ohne gültigen Titel erworben hat, dasselbe auch hinsichtlich derjenigen Sachen thun will, deren Besitz auf Grund eines gültigen (oder doch irrig von ihm angenommenen) Titels, jedoch mala fide erworben war. So sagt Francke a. a. O. S. 204 (und ähnlich S. 207), „daß die Erbschaftsklage auf alle Sachen gehet, die aus irgend einem Rechtsgrunde im Nachlasse sich befanden." Darunter würden doch wohl auch die iusto titulo, aber mala fide erworbenen Sachen zu verstehen sein. Hierzu stimmt jedoch die in N. 3 angezogene Analogie der actio vi bonorum raptorum insofern nicht, als diese Klage nach l. 2 §. 22 D. vi bon. rapt. 47, 8 (v.: sive bona fide a me possidentur) wie die actio furti dem malae fidei possessor nicht zusteht L. 12 §. 1 D. de furt. 47, 2. Uebrigens meint Francke S. 205, „daß der Erbschaftsbesitzer mit dem bloßen Einwand, daß einzelne Sachen fremde, dem Verstorbenen blos geliehene, bei ihm deponirte Sachen seien, gar nicht gehört wird," will ihm dagegen den Nachweis lassen, „daß der Verstorbene einzelne dieser Sachen wirklich ohne allen Rechtsgrund besaß, daß er vielleicht dieselben, wenn auch einem Dritten, gestohlen oder geraubt hätte," — „weil dann feststehet, daß für den Erben weder ein Recht auf die Sache, noch sonst ein rechtliches Interesse begründet ist." Aehnlich

solchen, deren wegen der Erblasser die Publiciana in rem actio [18]) oder auch nur ein Retentionsrecht hatte; [19]) und nicht minder von solchen, für deren Rückgabe er auf Grund eines Obligationsverhältnisses einstand, und nunmehr der Erbe einsteht, wie von Sachen, die ihm zu Faustpfand gegeben, commodirt, bei ihm hinterlegt waren. [20]) Der letzten Classe werden auch die ihm precario gegebenen Sachen anzureihen sein. Denn obschon das Precarium aufseiten des Precaristen nicht vererbt, so haftet doch der Erbe des Precaristen mit dem interdictum de precario soweit, als er aus dem Precarium seines Erblassers bereichert ist, oder dolo malo zu besitzen aufgehört oder den Besitzerwerb ver-

Bruns die Besitzklagen S. 16 f. Windscheid Lehrbuch Bd. 3 §. 612 N. 1 7. Aufl. sagt: „Wie ist es mit Sachen, welche zwar im juristischen, aber nicht im redlichen Besitze des Erblassers waren? Dafür, daß auch diese mit der hereditatis petitio abgefordert werden können, Ihering über den Grund des Besitzschutzes (2. Aufl.) S. 85 fg. [Dernburg III §. 172 N. 23]; dawider Francke S. 205, Bruns Besitzklagen S. 16. Vgl. l. 1 C. Th. quor. bon. 4, 21." S. auch §. 615 N. 14. — Wenn man der hereditatis petitio, wie ich annehme: mit Recht, possessorische Function beilegt, so kommt es freilich auf jenen Gegensatz nicht an. Sagt also Dernburg Pandekten Bd. 3 §. 172 unter 3a: „Zu den ursprünglichen Bestandtheilen (des Nachlasses), welche zu restituiren sind, gehört alles, was der Erblasser im juristischen Besitze hatte, selbst unredlicherweise vom Erblasser erworbenes," — so unterliegt es keinem Zweifel, daß er unter dem unredlicherweise erworbenen Besitze sowohl die iniusta possessio versteht, als die malae fidei quamvis iusta possessio.

18) L. 19 cit. pr. D. de H. P. 5, 3.

19) L. 19 §. 2 cit. eod.

20) L. 19 pr. cit. eod.

eitelt hat.[20a]) Insofern muß man auch von ihm, ähnlich wie vom Erben des Depositars, sagen, periculum rei defuncto precario datae ad eum pertinet.[21]) Und deshalb wird auch für ihn die Schlußfolgerung zulässig sein, daß, licet eius rei nomine nulla sit facile actio, d. h. eine Specialklage, aequum sit, eam restitui, — nämlich auf seine hereditatis petitio gegen den possessor pro herede oder pro possessore. Dieses sein Rechtsmittel hat er erforderlichenfalls dem precario dans zu cediren. Es trifft somit hier, wie in vielen anderen Fällen, die Regel zu: habebit — actionem, quia et ipse tenetur, tenetur autem, quia agere potest.[22])

Wir haben also gesehen, in wie vollem Maße v. Jhering[23]) das Richtige getroffen hat mit der Behauptung, daß die hereditatis petitio praktisch die Function der possessorischen Klagen ausübt, indem sie hinsichtlich der mit ihr zurückgeforderten Sachen den Beweis des thatsächlichen

20a) L. 8 §. 8 D. de prec. 43, 26.

21) L. 19 pr. cit.

22) L. 8 §. 3 D. mand. 17, 1: ein überaus wichtiger Satz, der nicht selten dem eigentlichen Interessenten erst gegen den Verletzer seines Interesse eine Klage, nämlich iure cesso, verschafft. Es ist kaum ein größerer Mißgriff denkbar, als Mommsens Conjectur ad h. l., gerere für agere zu setzen.

23) Ueber den Grund des Besitzschutzes 2. Aufl. S. 85 f. Vortrefflich würde hierzu die, z. B. von Gebauer aufgenommene, Lesart: res hereditatis statt res hereditarias in l. 18 §. 2 D. de H. P. 5, 3 stimmen, insofern als *res hereditariae* regelmäßig nur solche Sachen bezeichnet werden, welche Eigenthum des Erblassers waren (l. 19 pr. l. 20 §. 18 eod.), als *res hereditatis* dagegen alle im Nachlasse befindlichen Sachen. Francke a. a. O. S. 202 f. zu l. 18 §. 2 cit. Die Florentina aber lieset res hereditarias. Vgl. l. un. Cod. ubi de hered. 3, 20 (s. unten S. 76 f. N. 31 b f.).

Habens seitens des Erblassers an die Stelle des Beweises seines Rechtes setzt. Ja, sie geht, wie der genannte Gelehrte hervorhebt,[24]) insofern noch über die Interdicte zum Schutze des Besitzes hinaus, als sie sich mit dem Beweise der bloßen Detention begnügt, — und zwar selbst der Detention in fremdem Interesse, wie beim Depositar.[25])

Die gleiche Behauptung auf das Quorum bonorum zu erstrecken, berechtigt uns aber nicht nur die, hier gewiß zwingende, Analogie der hereditatis petitio, sondern eine ausdrückliche Aeußerung der Quellen, welche nur so ihre Bedeutung erhält. Wir meinen l. 1 §. 1 cit. h. t. Dieselbe fährt nach den S. 60 mitgetheilten Eingangsworten: Hoc interdictum restitutorium est, fort:

> et ad universitatem bonorum, non ad singulas res pertinet etc.

Dies kann, wie schon die Glosse ad v. ***non ad singulas*** bemerkt, gar nicht heißen, es sei das Interdict wegen einzelner Nachlaßsachen unanwendbar: dem widerspricht die von demselben Verfasser, nämlich Ulpianen, herrührende l. 29 D. de furt. 47, 2[26]) geradezu; und ebenso wenig läßt es sich in Einklang bringen mit der unbestreitbaren Thatsache, daß die hereditatis petitio selbst wegen der geringsten Nachlaßsache stattfindet.[27]) Auch weiset, wie die Glosse weiter bemerkt, schon der Wortlaut des Interdictes darauf hin, daß dasselbe nicht blos gegen

24) A. a. O. S. 86 N. 83.

25) Nur accessorisch ist dies auch beim Unde vi möglich. L. 1 §. 33 D. de vi 43, 16. v. Ihering a. a. O.

26) Ulp. lib. 41. ad Sab.: Hoc amplius et ad exhibendum agi potest: et interdicto Quorum bonorum agi poterit, L. 30 eod. (Id. lib. 9. ad Sab.): si hereditariae tabulae deletae sint.

27) L. 4. l. 9. l. 10 pr. D. de H. P. 5, 3. L. 16 D. si quis om. c. test. 29, 4. Francke a. a. O. S. 132 f.

den Besitzer aller Nachlaßsachen geht: es befiehlt dem Besitzer pro herede oder pro possessore, zu restituiren, quod de his bonis besitzt. Eine wirklich befriedigende Erklärung unseres Satzes giebt freilich die Glosse nicht. Daß ein Hinzuverstehen von *tantum* zu den Worten: *non ad singulas res* nur ein kümmerlicher Nothbehelf ist, hat sie wohl selbst gefühlt. Aber auch ihre letzte Erläuterung [28]) ist mindestens nicht präcis genug, sofern dieselbe in den fraglichen Worten den Hinweis auf das subjective Recht der Universalsuccession erblickt. Der entscheidende Umstand liegt vielmehr darin, daß die Restitutionspflicht gegenständlich auf die Zugehörigkeit der pro herede oder pro possessore besessenen Sachen zur Nachlaßmasse gegründet ist. Diese Zugehörigkeit ist nämlich als rein thatsächliche zu verstehen, d. h. es ist nicht nöthig, daß die einzelne Sache durch ein den Tod des Erblassers überdauerndes Recht mit dessen Vermögen verbunden ist; es genügt völlig, daß sie körperlich sich im Nachlaßbestande befunden hat. [29])

Ist unsre letzte Ausführung richtig, so wird die Behauptung nicht zu kühn erscheinen, daß die Richtung des Quorum bonorum auf alle thatsächlich zum Nachlaßbestande gehörigen Sachen dem Interdicte von Anfang an innegewohnt hat, nicht etwa erst von der hereditatis petitio per formulam petitoriam auf dasselbe übertragen worden ist.

28) Vel dic, datur (sc. Quorum bonorum) alicui, non quia successit in res singulas, sed quia in universitatem, ideo ad eum pertinere dicitur . sic est in petitione hereditatis, ut supra de petitione hereditatis (5, 3) l. *regulariter* (9) i. f. et l. *licet* (10).

29) Dasselbe meint wohl Leist a. a. O. S. 407, wenn er sagt, daß es nach dem Wesen des Quorum bonorum als einer Universalklage gar nicht ankomme auf „die rechtliche Einzelstellung" des Klägers zu den einzelnen Sachen.

Bei der hereditatis petitio in der Form der legis actio sacramento in rem wurde freilich der gesammte thatsächliche Bestand des Nachlasses, soweit sich derselbe in den Händen der beiden Proceßparteien befand, mittels der Vindicienregulirung für die Dauer des Rechtsstreites der einen von ihnen überwiesen: es wurde hierbei sicherlich die Frage nach dem Rechte des Erblassers an den einzelnen dazu gehörigen Sachen überhaupt nicht zugelassen. Und dabei blieb es, wenn die Entscheidung über das sacramentum zugunsten dessen ausfiel, der die Vindicien erhalten hatte. Im entgegengesetzten Falle folgte der Entscheidung über das sacramentum ein arbitrium liti aestimandae, sofern es dem besiegten Vindicieninhaber nicht etwa gelang, den Sieger außergerichtlich zu befriedigen. War nun in diesem arbitrium liti aestimandae die Frage nach dem Rechte des Erblassers an den einzelnen Sachen statthaft, deren Besitz der Beklagte kraft der Vindiciensertheilung erhalten oder behalten hatte? Ganz gewiß ist das zu verneinen, daß der Besitzer mittels jener Frage den siegreichen Erben erst noch zum Beweise dieser Einzelrechte hätte nöthigen dürfen: es hätte sonst die Vindicienregulirung ein verhängnißvolles Präjudiz gegen den Sieger im Erbschaftsstreite gebildet, der die Vindicien nicht erhielt; und das arbitrium liti aestimandae würde sich thatsächlich in eine Reihe einzelner Eigenthumsprocesse aufgelöset haben. Andererseits dagegen ist ebenso wenig anzunehmen, der besiegte Vindicieninhaber habe unweigerlich dem Sieger den Besitz aller von der Vindicienregulirung umfaßten Sachen lediglich auf Grund des nackten Umstandes herausgeben müssen, daß diese Sachen sich beim Tode des Erblassers thatsächlich in dessen Besitze befunden hatten. Denn eine Rechtsordnung, welche den Besitz des Lebenden als eine rechtlich gleichgültige Thatsache völlig schutzlos ließ, konnte nicht füglich dem Erben lediglich deswegen sogar den Anspruch auf

Herausgabe einer Sache gewähren, weil deren Besitz beim Erblasser vorhanden gewesen war. Höchstens ließ sich auf jene Thatsache die vorbehaltlich des Gegenbeweises zur Herausgabe nöthigende Vermuthung bauen, daß der Erblasser an den streitigen Sachen auch ein Recht gehabt habe. M. a. W.: dem besiegten Vindicieninhaber mußte es freistehen, im arbitrium liti aestimandae der Restitutionspflicht hinsichtlich der einzelnen thatsächlich zum Nachlaßbestande gehörigen Sachen sich durch den Nachweis zu entziehen, daß dieselben nicht Eigenthum des Erblassers gewesen seien. [30])

Man möchte nun meinen, daß es wenigstens anfänglich bei der actio de hereditate per sponsionem ebenso gewesen sei: die Restitutionspflicht des in der Entscheidung über die sponsio besiegten bonorum possessor war ja derjenigen des besiegten Vindicieninhabers nachgebildet; [30a]) so erscheint es fast als selbstverständlich, daß auch er durch den Nachweis, die einzelne Sache sei nicht Eigenthum des Erblassers gewesen, deren Herausgabe ablehnen konnte.

Allein die Frage erhält ein anderes Aussehen, wenn wir uns erinnern, daß die actio per sponsionem nur gegen denjenigen ging, der kraft der ihm ertheilten bonorum possessio den Besitz von Nachlaßstücken innehatte. [30b]) Hierher gehört namentlich auch wer mittels des Quorum bonorum zuvor dem jetzigen Kläger selbst diesen Besitz abgenommen hat. Es würde eine schreiende Unbill gewesen sein, wenn der siegreiche heres vom besiegten bonorum possessor nicht den Besitz aller derjenigen Sachen hätte

30) Doch stellte die Entscheidung darüber im arbitrium liti aestimandae schwerlich die Eigenthumsfrage rechtskräftig fest.

30a) Cautio pro praede litis et vindiciarum.

30b) S. oben Ziffer 1 S. 5 f.

zurückerlangen können, die er ihm zuvor hatte herausgeben müssen. Die Tragweite der actio per sponsionem in Beziehung auf körperliche Nachlaßstücke konnte m. a. W. nicht begrenzter sein, als diejenige des Quorum bonorum.

Nun aber wurde, als dieses Interdict entstand, wie wir gesehen haben,[30c]) die bloße Thatsache des Besitzes bereits geschützt; es liegt deshalb sehr nahe, anzunehmen, daß nicht nur der possessor pro possessore, sondern ebenso der possessor pro herede dem Interdicte auch wegen solcher Sachen haftete, welche nur thatsächlich zum Nachlaßbestande gehörten.

Daß die gleiche Tragweite dann der jüngern hereditatis petitio per formulam petitoriam gegeben wurde, begreift sich ohne weiteres.

Wie für alle Interdicte war auch für das Quorum bonorum in classischer Zeit ausschließlich das forum generale des Impetraten zuständig. Arndts[31]) hat treffend darauf hingewiesen, daß l. 2 Cod. de interd. 8, 1[31a]) diese Regel wahrscheinlich mit besondrer Beziehung auf das Quorum bonorum ausspricht, im Gegensatze nämlich zur missio scripti heredis, für welche nur das Gericht der belegenen Sachen zuständig war: jene Stelle hat mit der gleichzeitig (VII. Kal. Mai. Saeculare et Donato conss. 260) an dieselbe Adresse (Messiae) erlassenen l. un. Cod. ubi de hered. 3, 20,[31b]) worin die Zuständigkeit für die missio behandelt wird, ursprünglich in engem Zusammenhange ge-

30c) S. oben Ziffer 3 S. 26 f.

31) Beiträge Nr. II S. 115 f. (ges. Schr. Bd. 2 S. 382 f.).

31a) Valerian. et Gallien.: Praeses provinciae in eum, qui eiusdem provinciae non est, nec ex interdicto potest cognoscere.

31b) Jid.: Illic, ubi res hereditarias esse proponis, heredes in possessionem rerum hereditariarum mitti postulandum est etc.

standen. Und vollends hiernach ist es ganz unzulässig, den Schlußsatz der l. un. cit. [31c]) von der Einführung des forum rerum sitarum für das Quorum bonorum zu verstehen, — selbst wenn es anginge, in ihm die Anordnung dieses Gerichtsstandes für die hereditatis petitio zu finden. [31d])

8. Es bleibt noch übrig, für die Zeit des Formularverfahrens [32]) den Inhalt der condemnatio aus dem iudicium secutorium und aus der arbitria formula zu besprechen.

Schon in der allgemeinen Erörterung der Interdictenlehre haben wir wiederholt darauf hinweisen müssen, daß im Gegensatze zur hereditatis petitio das Quorum bonorum nur in beschränktem Maße neben der Pflicht zur Herausgabe der körperlichen Nachlaßsachen s. g. personales praestationes umfaßt. [33]) Es giebt hier nur zwei derartige Verpflichtungen: sie bestehen in der Herausgabe der vom Beklagten pro herede usucapirten Nachlaßsachen und in der Erstattung derjenigen, deren Besitz er dolo malo aufgegeben hat, — und diese beiden beruhen auf der ausdrücklichen Fassung des Interdicts. Die letzterwähnte Haftung setzt mala fides des Besitzers voraus, und insoweit kommt auch beim Quorum bonorum der Gegensatz von

31c) Ubi autem domicilium habet, qui convenitur, vel si ibi, ubi res hereditariae sitae sunt, degit, hereditatis erit controversia terminanda.

31d) Vgl. darüber Arndts a. a. O. S. 113—125 (310—315).

32) Ueber die Zeit des Legisactionenprocesses s. die laufende Serie dieses Commentars Thl. 2 §. 1839 Ziffer 113 S. 342 f.

33) S. laufende Serie dieses Commentars Thl. 1 §. 1835a Ziffer 19 zu N. 67a S. 128. §. 1837b Ziffer 79 N. 43 S. 513. Thl. 2 §. 1838e Ziffer 103 S. 245 f. §. 1839a Ziffer 117 S. 398 zu N. 38.

bona und von mala fides des Beklagten zur Geltung. Er deckt sich hier [34]) mit dem Gegensatze der possessio pro herede und der possessio pro possessore in dem von uns angenommenen Sinne, dessen praktische Bedeutung eben darin liegt, daß nur ein possessor pro possessore dolo aufhören kann zu besitzen. [35])

Dagegen findet jener, bei der hereditatis petitio so überaus wichtige, Gegensatz beim Quorum bonorum Beachtung weder hinsichtlich der Haftung für sorgfältige Erhaltung, noch für Nutzbarmachung der vom Beklagten in Besitz genommenen Nachlaßsachen.

Früchte werden der Regel gemäß auch beim Quorum bonorum überhaupt erst ex interdicto edito berücksichtigt; [36]) von da an aber werden sie unterschiedslos in demjenigen Betrage berechnet, welchen der Impetrant bei ungesäumter Befolgung des Interdicts hätte gewinnen können.

Ebenso haftet, von bestimmten Ausnahmen abgesehen, zu denen jedoch das Quorum bonorum nicht gehört, ante interdictum redditum der Impetrat niemals für positive Sorgfalt hinsichtlich der Sache, deren Herausgabe das Interdict ihm anbefiehlt. Nur steht, wie erwähnt, der possessor pro possessore für dolose Vereitelung dieser Herausgabe schon vor Erlaß des Interdictes ein; und dem Dolus ist in dieser Hinsicht gewiß auch beim Quorum bonorum die lata culpa gleichzustellen, wie es uns das für das interdictum de precario berichtet wird. [37]) Auch darf es als

34) Hinsichtlich der hereditatis petitio s. oben Ziffer 3 N. 44 S. 25 f.

35) Vgl. Dernburg Pandekten Bd. 3 §. 172 N. 11.

36) L. 3 D. de interd. 43, 1. l. 8 §. 4 D. de prec. 43, 26. l. 1 §. 40 D. de vi 43, 16. S. die laufende Serie dieses Commentars Thl. 2 §. 1838e Ziffer 103 S. 242 f.

37) L. 8 §§. 3. 6 D. de prec. 43, 26. Vgl. l. 25 §. 2 D. de H. P. 5, 3.

selbstverständlich gelten, daß diese Haftung des bösgläubigen Impetraten für dolus und lata culpa nicht blos eintritt bei gänzlicher Vereitelung der Herausgabe, sondern ebenso auch bei Beschädigung einer Nachlaßsache.

Post interdictum redditum steigert sich die Haftpflicht eines jeden Impetraten auch hinsichtlich der Hauptsache. Auch der gutgläubige Besitzer muß nunmehr die Sorgfalt eines guten Hausvaters auf ihre Erhaltung verwenden; anderseits haftet der bösgläubige Impetrat nicht strenger: [38]) die Grundsätze der mora solvendi sind eben auf die Interdicte nicht angewandt worden. [39])

Hinsichtlich der Vererblichkeit des Quorum bonorum, sowohl der activen, wie der passiven, genügt es, auf das in der allgemeinen Interdictenlehre Gesagte zu verweisen. [40])

Das Gleiche gilt hinsichtlich der Verjährung. [41])

Das Interdict ist nichtobligatorisch: es dient, analog der nichtobligatorischen hereditatis petitio, welche das endgültige Erbrecht im ganzen schützt, zum Schutze der bonorum possessio im ganzen. [42])

§. 1842.

Das Quorum bonorum von Hadrian bis zum Untergange des ordo iudiciorum.

9. Infolge der nach *Gai.* II, 57 und l. 20 §. 6 D. de H. P. 5, 3 durch Senatusconsult für die heredi-

38) L. 14 §. 11 D. de furt. 47, 2.

39) S. die laufende Serie dieses Commentars Thl. 2 §. 1838e Ziffer 103 S. 244 f.

40) S. diese Serie des Commentars Thl. 1 §. 1835 Ziffer 12 S. 87 zu N. 22; — §. 1837 Ziffer 66 S. 380, S. 381 zu N. 9 und S. 385 f.

41) A. a. O. §. 1837b Ziffer 81 S. 523 ff.

42) S. Thl. 2 dieser Serie des Commentars §. 1839a Ziffer 117 S. 398.

tatis petitio getroffenen Vorschriften mußte das Quorum bonorum an sachlicher Wichtigkeit erheblich verlieren. Bis dahin war es das einzige Mittel gewesen, die usucapio pro herede für die Erbfolge unschädlich zu machen: fortan diente dem nämlichen Zwecke auch die hereditatis petitio, und zwar sowohl die directa des heres, als die possessoria des bonorum possessor cum re und jede sonstige utilis eines andern endgültigen Gesammtnachfolgers von Todeswegen. Ebenso wenig bedurfte derjenige, welchem eine hereditatis petitio zustand, jetzt noch des Interdictes, um vom possessor pro possessore Ersatz für dolus praeteritus zu erlangen.

Und während früher die bonorum possessio sine re vermöge der usucapio pro herede in allen Fällen einen unentreißbaren Gewinn in Aussicht gestellt hatte, in denen die litis contestatio aus der hereditatis petitio wider den bonorum possessor sich über Ein Jahr nach dessen Besitzergreifung verzögerte, versprach sie jetzt nur dann noch bleibenden Vortheil, wenn ein heres überhaupt nicht auftrat, m. a. W., wenn sie selbst zur bonorum possessio cum re wurde. [1]) Ohne Zweifel wurde sie jetzt also kaum noch anderswo nachgesucht, als wo eben dieser Fall erwartet werden mochte. So haben jene Verordnungen wesentlich das allmählige Verschwinden der bonorum possessio sine re vorbereitet. In der That war sie damals durch die Rücksicht auf die Nachlaßgläubiger nicht mehr geboten: für diese hatte der Prätor bereits auf andre Weise Fürsorge getroffen. [2])

1) Allerdings war dieser Fall infolge des Grundsatzes: in legitimis hereditatibus successio non est, wohl nicht so ganz selten.

2) Pomponius schon kennt eine etwas gewaltsame Weiterbildung der Vorschrift des Edicts über die Deliberations-

Noch mehr aber ist die Anwendung des Quorum bonorum verringert durch ein Edict desselben Kaisers, der jene Beschlüsse veranlaßt hat, nämlich durch das Edict über die missio des scriptus heres in hereditatem. [3])

Nach Justinians Angabe ist dieses Edict ergangen sub occasione vicesimae hereditatum. [4]) Ob und in welcher Weise es die Erhebung der Erbschaftssteuer beschleunigen sollte, [5]) dürfen wir im gegenwärtigen Zusammen=

frist L. 23 §. 1 D. de H. J. 28, 5 (lib. 1. ad Sabin.): Sed si bonorum possessionem non admittat, sed condicionem trahat, cui facile parere possit, veluti „si servum, quem in potestate habeat, manumiserit“, nec manumittat, hic praetoris erunt partes, ut imitetur edictum suum illud, quo praefinit tempus, intra quod adeatur hereditas. Leist Bonor. poss. Bd. 2 Abth. 1 S. 323 N. 9. Die libri ex Sabino des Pomponius fallen unter Hadrian cf. l. 1 D. de interd. et releg. 48, 22; der in ihnen nicht angeführte Julian citirt im 35. Buche seiner Digesten ihr fünftes Buch. Vat. fragm. §. 88 = l. 8 D. de usufr. accresc. 7, 2 vbd. mit l. 4 §. 1. l. 8 §. 1 D. de usu et hab. 7, 8. Krüger Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts S. 174 zu N. 4 f.

3) Paul. rec. sent. III, 5, 14 sqq. Tit. Cod. de ed. D. Hadr. toll. 6, 33. — Leist in diesem Commentar Serie der Bücher 37 und 38 Thl. 2 Ziffer 70 S. 437 ff. und die dort Citirten.

4) L. 3 pr. Cod. de ed. D. Hadr. toll. 6, 33.

5) Wie meist behauptet wird. Bachofen ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts S. 390 f. Leist a. a. O. S. 437 zu N. 60. v. Bethmann=Hollweg der römische Civilprozeß Bd. 2 §. 92 S. 250 N. 30. Kuntze Cursus des römischen Rechts 2. Aufl. §. 875 S. 612. Danz Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts 2. Aufl. Thl. 2 §. 175 unter 2a S. 138. Bachofen S. 392 meint sogar, durch das Edict sei „den Ansprüchen des

hange auf sich beruhen lassen; für unsern Zweck genügt die Bemerkung, daß die Beziehungen zwischen der obrigkeitlichen

Fiscus gänzliche Unabhängigkeit von der Dauer und dem Ausgang des erhobenen Erbschaftsstreites gesichert", d. h., wenn ich recht verstehe, der scriptus heres habe auch dann, wenn er den Nachlaß an einen Intestaterben habe herausgeben müssen, die entrichtete Erbschaftssteuer aus der Staatskasse nicht zurückerhalten. Dann hätte sie m. a. W. entweder der siegreiche Intestaterbe zu erstatten, oder der unterliegende Testamentserbe endgültig zu tragen gehabt: das Eine wegen schreiender Ungerechtigkeit ebenso undenkbar, wie das Andre! Vgl. die vorsichtige Aeußerung Schulins Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechtes §. 99 a. E. S. 482: „Wahrscheinlich mußte der Immittirte die Erbschaftssteuer sofort zahlen oder doch wenigstens hinterlegen." — Kaum besser begründet erscheint mir die Behauptung Bachofens a. a. O., ein Theil des die missio scripti heredis einführenden Edictes habe den durch kaiserliche Bewilligung neu aufgenommenen Bürgerfamilien die nach Plin. paneg. c. 37—39 von Nerva und Trajan verliehene Immunität von der Erbschaftssteuer entzogen, für die Zukunft von neuem die redactio in patriam potestatam gefordert und dazu überdies eine causae cognitio verlangt, die besonders bei Unmündigen und Abwesenden mit genauer Prüfung der Zweckmäßigkeit verbunden werden sollte. Die als alleiniger Beleg hierfür beigebrachte Stelle, Gai. I, 55 93 sq., aber redet von der Aufhebung der durch Nerva und Trajan verliehenen Immunität ebenso wenig, als umgekehrt nach dem Berichte des Plinius diese Immunität eine selbstverständliche redactio in potestatem zur Voraussetzung hatte, vielmehr letztere seit Trajan die erstere überhaupt nicht mehr bedingte. Selbst wenn jedoch eine innere Beziehung der bei Gai. I, 55 und 93 erwähnten Vorschrift Hadrians zur Erbschaftssteuer bestanden hätte, so bliebe

Eröffnung der Testamente und der Obliegenheit des scriptus heres hinsichtlich der Erbschaftssteuer einerseits, gleichviel worin diese Obliegenheit bestanden haben mag, [6]) und der missio in possessionem [7]) andererseits begreiflicherweise mancherlei Weitläufigkeiten (ambages), Umständlichkeiten (difficultates) und formularmäßige Mittheilungen und Berichte (indiscretae [8]) narrationes) herbeiführen mußten. Die zwecks der missio unerläßliche Eröffnung und Vorlesung der Testamente nämlich erfolgte regelmäßig [9]) vor dem Jurisdictionsmagistrate desjenigen Ortes, an welchem das Testament sich befand, also in Italien nicht selten vor einem

es doch immer rein divinatorisch, jene Vorschrift als ein Stück desselben Edictes zu betrachten, welches die missio scripti heredis eingeführt hat.

6) L. 3 pr. cit. Cod. de ed. D. Hadr. toll. 6, 33 (Iustinian. 531): Edicto divi Hadriani, quod sub occasione vicessimae hereditatum introductum est, cum multis ambagibus et difficultatibus et indiscretis narrationibus penitus quiescente, quia et vicesima hereditatis a nostra recessit re publica, antiquatis nihilo minus et aliis omnibus, quae circa repletionem et interpretationem eiusdem edicti promulgata sunt, sancimus etc.

7) Paul. III, 5, 17: In eo testamento heres scriptus, quod neque, ut oportuit, oblatum nec publice recitatum est, in possessionem mitti frustra desiderat.

8) Nämlich sofern die Formulare, eben weil auf alle möglichen Fälle berechnet, nicht für den Einzelfall als solchen, m. a. W. „nicht unterschiedlich" aufgestellt sind. Die deutsche Uebersetzung des Corpus iuris von Jungmeister unter Redaction von C. F. F. Sintenis giebt: „seine rücksichtslosen Bestimmungen." Aber narratio kann doch kaum „Bestimmung" heißen.

9) Eine abweichende Verfügung des Testators wurde beachtet. L. 2 Cod. quomadm. aper. testam. 6, 32. (Valerian. et Gallien. 256).

Municipalmagistrate;[10]) die Erhebung der Erbschaftssteuer geschah durch die publicani;[11]) die missio in hereditatem endlich konnte, wie jede missio, nur von einem magistratus cum imperio[12]) ausgehen, und zwar im Einzelfalle nur von dem magistratus rerum sitarum.[13])

Waren alle Förmlichkeiten der Testamentseröffnung und alle Obliegenheiten hinsichtlich der Erbschaftssteuer erfüllt, und erschien das Testament äußerlich fehlerfrei,[14]) so konnte der scriptus heres binnen Jahresfrist[15]) Einweisung

10) Paul. IV, 6, 2.

11) Bachofen a. a. O. S. 349 ff.

12) L. 4 D. de iurisd. 2, 1. l. 26 pr. §. 1 D. ad munic. 50, 1.

13) L. 12 §. 1 D. de reb. auct. 42, 5. l. un. Cod. ubi de hered. 3, 20 (Valerian. et Gallien. 260): Illic, ubi res hereditarias esse proponis, heredes in possessionem rerum hereditariarum mitti postulandum est etc. vgl. l. 3 cit. pr. Cod. 6, 33: sancimus, ut si quis (heres scriptus) ex asse vel ex parte competenti iudici testamentum ostenderit etc.

14) Arg. l. 3 cit. pr. Cod. 6, 33: testamentum — non cancellatum, neque abolitum neque ex quacumque suae formae parte vititiatum, sed quod prima figura sine omni vituperatione appareat et depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit etc. §. 3: — si tantum ex legitime formato testamento missio procedat etc. Ungeachtet des Ausdrucks: legitime formatum testamentum genügte gewiß auch ein blos prätorisches Testament. Uebrigens ist dieser Ausdruck nach der Verschmelzung der Formen des civilen und des prätorischen Testamentes durch Nov. Theod. tit. 16 v. J. 439 völlig correct.

15) Vgl. l. 3 cit. §. 3. Ob dieses Jahr vom Tode des Erblassers zu berechnen war, oder von der Testamentseröffnung oder von demjenigen Augenblicke an, in welchem der scriptus sich wissentlich zuerst in der Lage befand

in den Besitz aller Sachen verlangen, welche der Erblasser bei seinem Tode besessen hatte.

Paul. III, 5, 16: Scriptus heres ut statim in possessionem mittatur, iure desiderat. hoc post annum impetrare non poterit. §. 18: In possessionem earum rerum, quas mortis tempore testator non possedit, heres scriptus, priusquam iure ordinario experiatur, improbe mitti desiderat. [16])

Der Einwand eines Interessenten, das Testament sei gefälscht, rumpirt, irritum, inofficiös oder aus irgend einem andern Grunde nichtig oder anfechtbar, wurde gegenüber dem Gesuche um Ertheilung der missio gar nicht zugelassen, seine Durchführung vielmehr dem geeigneten Rechtsstreite vorbehalten.

Paul. III, 5, 14: Sive falsum sive ruptum sive irritum dicatur testamentum, salva eorum disceptatione scriptus heres iure in possessionem mitti desiderat.

L. 2 Cod. de ed. D. Hadr. toll. 6, 33 (*Alexander* 223):

Quamvis quis se filium defuncti praeteritum esse adleget aut falsum aut inofficiosum testamentum seu

(sciebat et poterat), die missio nachzusuchen, das ist uns nicht überliefert, — ebenso wenig, ob dasselbe continue oder utiliter berechnet wurde. Mit der Frist für die usucapio pro herede hat es schwerlich Zusammenhang: ohne Zweifel durfte der immissus den Besitz auch solcher Sachen sich aneignen, welche ein possessor pro herede oder pro possessore bereits usucapirt hatte. Vgl. Bachofen a. a. O. S. 392 zu N. 315 ff.

16) Cf. l. 3 cit. pr. i. f. Cod. de ed. D. Hadr. toll. 6, 33: — mittatur quidem in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur etc.

alio vitio subiectum, vel servus defunctus esse dicatur, tamen scriptus heres in possessionem mitti solet.

Bei der allgemeinen Fassung der Ausdrücke (ruptum — alio vitio subiectum) muß auch der Einwand für unzulässig gelten, das vorgelegte Testament sei durch ein jüngeres aufgehoben worden (ruptum i. d. S.). Wurde jedoch dieses jüngere Testament in äußerlich fehlerfreier Form ebenfalls vorgelegt, bevor die nachgesuchte missio aus dem ältern ertheilt worden war, so wurde diese ohne Zweifel verweigert.[16a]) Dagegen entzog die Berufung auf ein jüngeres Testament der aus dem ältern bereits ertheilten missio die Kraft erst dann, wenn dieselbe mittels der geeigneten förmlichen Klage zur Anerkennung gelangt war.

Beim Streite zwischen Institutus und Substitutus darüber, wer von ihnen an der Reihe sei, wurde die missio dem Institutus ertheilt.

L. 1 Cod. 6, 33 (*Severus* et *Antonin.* 196): Cum inter institutum et substitutum controversia moveatur, eum, qui primo loco institutus est, induci in possessionem oportet.

Paul. III, 5, 15: Si inter heredem institutum et substitutum controversia sit, magis placet eum in possessionem rerum hereditariarum mitti, qui primo loco scriptus est.

Wie übrigens die testamentarische bonorum possessio nicht nur gemäß dem Inhalte einer Testamentsurkunde, secundum tabulas im eigentlichen Sinne, ertheilt wurde, sondern auch aus einem rein mündlichen Testamente, secundum nuncupationem,[17]) so ist auch die missio aus

16a) Vgl. Seufferts Archiv Bd. 3 Nr. 284. Bd. 6 Nr. 229 unter 3.

17) L. 2 Cod. de B. P. sec. tab. 6, 11. (Gordian. 242). l. 7 pr. Cod. Theod. de testam. 4, 4 = l. 8 §. 1 Cod. Inst. de codic. 6, 36.

einem solchen Testamente denkbar. Freilich reden die auf uns gekommenen Quellen, wo sie die missio näher bezeichnen, soviel ich sehe, ausnahmslos von der missio **scripti** heredis;[18]) allein diese Bezeichnung ist nicht allein bei der verhältnißmäßigen Seltenheit rein mündlicher Testamente als denominatio a potiori ebenso begreiflich wie diejenige „bonorum possessio secundum tabulas“,[19]) sondern in der Compilation geradezu nothwendig, weil in dieser allerdings eine missio secundum nuncupationem ganz ausgeschlossen erscheint.[19a]) Und wie die Erbschaftssteuer und nicht minder ohne Zweifel die dieser wegen vorgeschriebene Publication der Testamente[20]) auch die rein mündlichen Testamente betraf, so vermuthet **Leist**[21]) nicht ohne Wahrscheinlichkeit, daß man unbedenklich auch die missio aus solchen ertheilte. Unterstützt wird diese Vermuthung durch l. 7 pr. Cod. Theod. de testam. 4, 4,[22]) wo die bonorum possessio secundum tabulas vel secundum nuncupationem ceterasque similes[23]) gemeinsam der missio ex

18) **Paul.** III, 5, 14 (S. 85), 15 (S. 86), 16 (S. 85), 17 (S. 83 N. 7) 18 (S. 85). l. 7 pr. D. quor. app. 49, 5 (unter N. 26); Rubr. Cod. 3, 20: ubi de hereditate agatur, et ubi scripti heredes in possessionem mitti postulare debent. l. 2 Cod. de ed. D. Hadr. toll. 6, 33 (S. 85 f.), l. 3 pr. eod. l. 26 Cod. Theod. quor. app. 11, 36 = l. 6 Cod. Iust. eod. 7, 65 (N. 26). Nov. **Valent.** III. tit. XX. Nov. 2 §. 1 i. f. (unten N. 38).

19) **Leist** die bonorum possessio Bd. 1 S. 190. Bd. 2 Abth. 2 S. 155.

19a) S. unten §. 1843 Ziffer 11 zu N. 28d.

20) Paul. III, 5, 16. IV, 6, 3.

21) A. a. O. Bd. 2 Abth. 2 S. 155 f.

22) S. unten N. 38.

23) Hierunter versteht **Leist** a. a. O. S. 144 bonorum possessiones aus testamenta apud acta (d. h. zu Protokoll einer Municipalbehörde oder der Canzlei eines kaiserlichen

edicto Divi Hadriani gegenübergestellt werden; und durch Nov. Valentin. III. tit. XX Nov. 1 §. 5[24]) welche die Nothwendigkeit der agnitio bonorum possessionis allen Testamentserben erläßt, weil sie durch die missio überflüssig werde, also doch wohl voraussetzt, daß die letztere allen, mithin auch den in einem mündlichen Testamente, Eingesetzten, zugängig sei.[25])

Die Publication eines rein mündlichen Testamentes bestand vermuthlich in der amtlichen Feststellung seines Inhaltes auf Grund der zu diesem Zwecke aufgenommenen Aussagen der Testamentszeugen. Und die zwecks Erhebung der Erbschaftssteuer vorgenommene amtliche Bekundung der Erbeinsetzung bildete die formelle Grundlage der missio.

Die Appellation gegen die Ertheilung der missio war ebenso ausgeschlossen, wie diejenige gegen die Verfügung der Testamentseröffnung.[26])

Jurisdictionsmagistrates) condita. Aus dem testamentum principi oblatum wurde bonorum possessio nicht ertheilt. l. 19 Cod. de testam. 6, 23 (Honor. 413).

24) S. unten N. 25.

25) Leist a. a. O. S. 148—156.

26) L. 7 pr. D. quor. appell. 49, 5 (Paul. lib. sing. de app.). Si res dilationem non recipiat, non permittitur appellatio, velut ne testamentum aperiatur (ut divus Hadrianus constituit), ne frumentum in usum militum, in annonae subsidia contrahatur, neve scriptus heres in possessionem inducatur. L. 26 Cod. Theod. eod. 11, 36 = l. 6 Cod. Iust. eod. 7, 65 (Gratian., Valentin. et Theodosius 379): Quisquis, ne voluntas diem functi testamento reseretur, vel ne hi, quos scriptos patuerit heredes, edicti per divum Hadrianum conditi beneficium consequantur (l. 6 Cod. J.: in possessionem mittantur), ausus fuerit provocare, interpositamque appellationem is, cuius de ea re notio erit, recipiendam esse crediderit, viginti librarum auri

Und während das Quorum bonorum damals nur gegen den possessor pro herede oder pro possessore im Sinne des classischen Rechtes Erfolg hatte, wirkte die missio von jeher gegen jeden eigenmächtigen Besitzer von Sachen, welche der Erblasser im Augenblicke seines Ablebens besessen hatte, selbst dann, wenn diesem Besitzer ein gültiger Singulartitel auf den Besitz zustand. Freilich ist Letzteres seit der Zeit der Glossatoren lebhaft bestritten worden;[27]) es dürfte sich aber unmittelbar ergeben aus den Worten der l. 3 pr. Cod. 6, 33 cit.:

> mittatur quidem in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur.

(l. 6 Cod. J.: argenti) multa et litigatorem, qui tam importune appellaverit, et iudicem, qui tam ignave conniventiam adhibuerit, involvat. Die Zusammenstellung der Fälle, in denen nach beiden Stellen die Appellation ausgeschlossen sein soll, beweiset, daß es sich auch in dem uns angehenden Falle der missio durchaus nicht um ein eigentliches Proceßverfahren handelt: hinsichtlich der Testamentseröffnung und des Requirirens von Getreide ist ein solches m. E. schlechterdings undenkbar. Dem gegenüber verschlägt auch der Ausdruck: cuius de ea re notio erit nichts: derselbe weiset keineswegs nothwendig auf processualische Untersuchung und Entscheidung, wie ja bekanntlich die Appellation in Civilsachen durchaus nicht auf eigentliche Processe beschränkt war. S. v. Bethmann-Hollweg der römische Civilprozeß Bd. 2 §. 116 S. 701 f. A. M. hinsichtlich der l. 26 cit. Leist a. a. O. S. 440 f. Vgl. v. Savigny über das Interdict Quorum bonorum in Vermischte Schriften Bd. 2 S. 247 N. 1. Brinz Lehrbuch der Pandekten 1. Aufl. Abth. 2 S. 706. 2. Aufl. Bd. 3 Abth. 1 S. 271 unter 2.

27) Glossa in l. 3 Cod. de ed. D. Hadr. toll. 6, 33 ad v. *Legitimo*. Die m. E. richtige Ansicht hierüber hat Albericus de Porta Ravennate, Schüler des Bulgarus.

Wer nämlich der missio die Kraft gegen den Besitzer auf einen Singulartitel versagen will, ist genöthigt unter dem legitimus modus detinendi eben einen Singulartitel zu verstehen. Allein wenn jener Ausdruck überhaupt den Besitztitel bezeichnen kann, so bleibt es alsdann jedenfalls völlig unverständlich, weshalb als legitimus modus nicht auch der titulus pro herede gelten dürfe und müsse. Und doch ist nach l. 2 Cod. eod. 6, 33 nichts gewisser, als daß auch der wirklich berechtigte Erbe den Besitz von Nachlaßsachen einstweilen dem scriptus immissus zu überlassen hat. [28])

Ebenso unerfindlich, wie jene begriffliche Beschränkung des rechtmäßigen Besitztitels, ist ein innerer Grund für die verschiedenartige Behandlung des possessor titulo singulari und des possessor pro herede gegenüber der missio scripti heredis. In der That ist dieselbe lediglich aus der mehr oder minder unklaren Vorstellung entsprungen, als ob die missio eine Art vorläufiger hereditatis petitio sei: danach erscheint dann die für letztere vorgeschriebene Passivlegitimation für erstere gewissermaßen selbstverständlich. Allein die missio Hadrianea ist überhaupt keine Klage; sie ist vielmehr die auf einseitigen Antrag des scriptus heres diesem ertheilte Ermächtigung, den Besitz der Nachlaßsachen zu ergreifen, und zwar nicht nur der noch besitzlosen, sondern auch derjenigen, welche irgend ein Dritter eigenmächtig

28) Brinz a. a. O. 1. Aufl. S. 708 hat überzeugend ausgeführt, „daß namentlich der pro herede possessor unter jenen „legitimen Detentoren" nicht gedacht ist;" dagegen hat er nicht einmal den Versuch gemacht, zu erklären, wieso der eigenmächtige Besitzer auf einen gültigen Singulartitel „legitimo modo" detinire. S. dens. 2. Aufl. Bd. 3 Abth. 1 S. 272 N. 13.

bereits occupirt hat.[29]) Nun hat es nichts Bedenkliches, daß die Klage, welche auf Herausgabe der zu einer Nachlaßmasse gehörigen Sachen abzielt, nur dann Erfolg verspricht, wenn der Besitz des Beklagten entweder in Wahrheit titellos (pro possessore) oder auf einen ganz bestimmten Titel (pro herede) gestützt ist: hier tritt an den Besitzer der streitigen Sachen nicht eher eine Nöthigung heran, seinen Besitz fahren zu lassen, bevor das unparteiische Gericht seinen Besitztitel zugunsten der Klage festgestellt hat. Dagegen wäre es unverkennbar ein schwerer Mißgriff, wollte der Gesetzgeber die Kraft der Ermächtigung zu außergerichtlicher Besitzergreifung der in fremdem Besitze befindlichen Nachlaßsachen davon abhängig machen, daß der gegnerische Besitz in gleicher Weise titellos oder auf den Universaltitel pro herede begründet sei. Denn sofern der immissus den vom Besitzer behaupteten Singulartitel für einen erlogenen erklärt, müßte eine derartig bedingte Ermächtigung umsomehr zu Thätlichkeiten geradezu auffordern, je lebhafter jede Partei von dem Unrecht des Gegners überzeugt ist: die unparteiische Entscheidung über den angeblichen Singulartitel des Besitzers würde hier erst auf die actio in factum des immissus wegen ungerechtfertigter Behinderung an der Besitzergreifung erfolgen.[30])

Umgekehrt erscheint die missio scripti heredis ebenso unbedenklich, wie jede andre missio in bona, wenn sie ohne Rücksicht auf den Besitztitel eines etwa besitzenden Gegners unterschiedslos auf alle Sachen sich erstreckt, welche thatsächlich zum Nachlaßbestande gehört haben. Ausgenommen sind allein solche, welche etwa nach dem Tode des

29) Vgl. die treffende Darstellung bei Brinz a. a. O. 1. Aufl. S. 709.

30) L. 1 §§. 2—4 D. ne vis fiat ei 43, 4. Brinz a. a. O. S. 709. Vgl. unten N. 37.

Erblassers auf Grund einer besondern richterlichen Ermächtigung von einem Dritten detinirt werden, d. h. kraft einer gegen die hereditas iacens erwirkten missio, sofern der scriptus heres deren Anlaß nicht hinwegräumt.[31]) Denn

31) Gegenüber der missio rei servandae causa thut er dies durch ordnungsmäßige defensio gegen den Anspruch, der den Anlaß zu ihr gegeben hat; gegenüber der missio legatorum servandorum causa und der missio damni infecti durch ordnungsmäßiges Erbieten zu der Caution, welche durch die missio erzwungen werden sollte. Vgl. l. 1 §§. 1 und 4 D. ut in poss. legat. 36, 4 vbd. mit l. 1 §. 8 D. ne vis fiat ei. 43, 4 und unten §. 1846 Ziffer 2 unter a nach N. 32. — l. 4 §. 6 D. de damno inf. 39, 2 — und unten a. a. O. unter c zu N. 50.

Die missio ventris des neben dem scriptus eingesetzten postumus steht natürlich der missio scripti heredis nicht entgegen, so wenig wie die missio eines pro parte scriptus iam natus derjenigen eines andern pro parte scriptus: im letztern Falle erhalten die Interessenten juristischen Besitz nach ihren Erbtheilen, im erstern wird der immittirte scriptus verschieden behandelt, je nachdem ein curator hereditatis bestellt ist oder nicht. L. 1 §§. 24 sqq. D. de ventre in poss. 37, 9. vgl. l. 13 §. 3 D. de manum. test. 40, 4. Anders ist es mit der missio eines venter ab instituto praeteritus: dessen missio steht der missio des institutus im Wege. L. 1 cit. §. 7. Das Gleiche muß hinsichtlich der bonorum possessio Carboniana gelten, die wie die missio causae cognitio voraussetzt und gleich jener die kraft der damit ertheilten Ermächtigung erfolgte Besitzergreifung der Nachlaßsachen zu einem legitimus modus detinendi macht. Deshalb heißt der Carbonianus bonorum possessor auch ex Carboniano missus l. 3 §. 13. l. 5 §. 3. l. 6 §. 6. l. 7 §. 5 D. de Carb. ed. 37, 10. Deshalb ein besonderes Missionsdecret neben der Ertheilung jener bonorum possessio anzunehmen, liegt m. E. keine Nöthigung vor. A. M. Windscheid Pandekten Bd. 3 §. 619 N. 6.

während eine derartige Ermächtigung in jedem einzelnen Falle auch dem scriptus immissus ohne Schwierigkeit außergerichtlich dargelegt werden kann, ist es unmittelbar einleuchtend, daß jeder ohne sie erworbene Besitz von Sachen, die beim Tode des Erblassers in dessen Besitz waren, wenngleich auf Grund des besten Besitztitels eben eigenmächtig erworben ist.

Und gerade diesen Gegensatz des Besitzerwerbes kraft obrigkeitlicher Ermächtigung auf der einen und kraft eigenmächtigen Zugreifens auf der andern Seite bezeichnet der Ausdruck legitimo und non legitimo modo detinere: er geht auf die Weise des Besitzerwerbes.[32])

Bestätigt wird diese Auffassung durch l. 3 cit. §. 1: Sin autem aliquis contradictor exstiterit, tunc in iudicio competenti causae in possessionem missionis et subsecutae contradictionis ventilentur, et ei possessio adquiratur, qui potiora ex legitimis modis iura ostenderit, sive qui missus est, sive qui antea detinens contradicendum putavit.

Man würde Justinian schweres Unrecht thun, wollte man unter den legitimis modis etwa gesetzliche Entstehungsgründe der potiora iura verstehen. Aus anderen, als rechtlich anerkannten, insofern gesetzlichen, Gründen können ja iura, geschweige potiora iura, überhaupt nicht entstehen! Jene Auffassung würde ihm also eine große Plattheit zuschreiben, und zwar eine solche, zu der nicht nur nicht der geringste Anlaß vorliegt, sondern welche in diesem Zusammenhange geradezu verwirren müßte. Denn die darin vorausgesetzte Bedeutung der legitimi modi würde unter allen Umständen von derjenigen abweichen, in welcher der nämliche Ausdruck wenige Zeilen vorher als entscheidender gebraucht worden ist, — gleichviel, ob man denselben dort

32) Vgl. Leist a. a. O. Thl. 2 S. 445 f. unter bb.

als „gültigen Singulartitel“, oder mit uns als „legitime Weise des Besitzerwerbes“ versteht.

Nicht viel besser wäre es, jene Worte zu ostenderit zu beziehen, sei es in dem Sinne, daß in dieser Sachlage der Beweis der potiora iura nur mit bestimmten gesetzlichen Beweismitteln zu erbringen bleibe; sei es in dem Sinne, daß er hier mit allen gesetzlich überhaupt zulässigen Beweismitteln [33]) erbracht werden dürfe. [34])

33) Den Gegensatz der letztern Bedeutung bilden die s. g. schleunigen Beweismittel, welche nach verbreiteter Meinung schon im Missionsverfahren zulässig sind. Bei dieser Auffassung würde m. a. W. der legitimus modus im Missionsverfahren ein Verhältniß sein, welches mit schleunigen Beweismitteln erwiesen werden kann, im Ordinarverfahren dagegen ein solches, welches überhaupt bewiesen werden kann.

34) Unverständlich ist mir die Auffassung Leists a. a. O. S. 444 f. geblieben. Hiernach erscheint im Missionsverfahren ein solcher Besitzer von Nachlaßsachen, der „nur seinen guten Glauben des Erbeseins vorbringt, aber ohne augenscheinliche Beweise seiner nächsten Erblegitimität darlegen zu können (pro herede possessor), zunächst als ein non legitimo modo detinens.“ „Kann er also in continenti: „ex legitimis modis potiora iura“ darlegen, so siegt er schon im Missionsverfahren.“ — Insoweit hält Leist dafür, daß der (nach S. 442 N. 82 in Seufferts Arch. III Nr. 283 nur nicht richtig hergeleitete) „Satz von den inneren vitia (nämlich des Testamentes) in continenti probanda schon im justinianeischen Rechte begründet ist“ (N. 90). „Im petitorischen Proceß wird nun aber alles definitiver Prüfung unterzogen und entschieden, wer von Beiden in Wahrheit ex legitimis modis die potiora iura habe“ (S. 445). „Vorher war von dem im Missionsverfahren Unterliegenden gesagt worden, daß er die Sachen non legitimo modo detinire“ (ich würde meinen, umgekehrt: daß, wer nicht legitimo modo detinire, unterliege); „diese legitimi modi erklären sich also gegenseitig“ (S. 444).

Die fraglichen Worte können vielmehr kaum etwas Anderes bedeuten, als daß der Beweis der potiora iura nunmehr auf dem Boden des gesetzlich geordneten Besitzstandes, gemäß der legalen Weise der Besitzertheilung, geführt werden solle.

Hiermit ist zugleich die oben[35]) aufgestellte Behauptung erwiesen, daß der scriptus immissus kraft seiner missio auch die Herausgabe der legatorum nomine occupirten Nachlaßsachen beanspruchen darf, ohne cautio legatorum zu machen.

Sogar die Berufung auf sein endgültiges Erbrecht befreite, wie wir gesehen haben,[36]) den eigenmächtigen Occupanten von Nachlaßsachen nicht von der Pflicht, dieselben einstweilen dem immittirten Gegner zu überlassen; das Quorum bonorum dagegen wurde schlechtweg verweigert, sobald der Impetrat endgültiges Erbrecht in Anspruch nahm.

Die ertheilte missio ermächtigte den scriptus heres, sich selbst in den Besitz der Nachlaßsachen zu setzen. Und zwar gemäß ihrem Zwecke: in den juristischen Besitz. Es ist eine ganz grundlose Annahme, daß jede missio in bona nur die Detention gewährt habe: gab doch die missio damni infecti ex secundo decreto neben dem Interdictenbesitze sogar das in bonis.[36a]) Ohne Zweifel schützte den

35) S. oben §. 1841 Ziffer 4 S. 36 zu N. 63.

36) L. 2 Cod. de ed. D. Hadr. toll. 6, 33 (oben S. 85 f.).

36a) L. 3 §. 23 D. de a. v. a. p. 41, 2 (Paul. lib. 54. ad ed.): Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si quando iussu magistratus rei servandae causa possidemus, ineptissimum est: nam qui creditorem rei servandae causa vel quia damni infecti non caveatur, mittit in possessionem, vel ventris nomine, non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit: et ideo, cum damni infecti non

scriptus heres in der Ausführung jener Ermächtigung die nämliche actio in factum, welche allen anderen Immittirten gegen Verhinderung an der Besitzergreifung und Störung im erlangten Besitze zustand.[37]) Wahrscheinlich konnte er auch exsecutio iure potestatis erlangen.[37a]) Von einem Interdicte Ne vis fiat ei, qui ex edicto D. Hadriani missus est, fehlt uns dagegen jede Spur.[37b])

cavente vicino in possessionem missi sumus, si id longo tempore fiat, etiam possidere nobis et per longam possessionem capere praetor causa cognita permittit. Das ideo weiset darauf hin, daß der Zweck der missio gemäß dem Willen des immittirenden Magistrats (non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit — etiam possidere et [usucapere] permittit) über ihre Wirkung entscheide. — Vgl. Leist bonorum possessio Bd. II Abth. 2 S. 480, wo freilich die Wirkung des juristischen Besitzes nicht schon der ursprünglichen missio Hadrianea beigelegt wird, sondern erst ihrer Weiterbildung „ex more“. Mit Recht macht N. 5 a. a. O. darauf aufmerksam, daß Justinian in l. 3 Cod. 6, 33 die Ausdrücke: mittatur in possessionem (pr.) und ei possessio acquiratur (§. 1) als gleichbedeutend behandele.

37) L. 1 pr. — §. 4 D. ne vis fiat. 43, 4. Cf. Lenel ed. perp. §. 216 S. 341. Das Verbot der Appellation gegen die Ertheilung der missio auf die Entscheidung über diese actio in factum auszudehnen, sehe ich keinen Grund.

37a) Eine bessere Stütze für diese Ansicht, als die von Leist Commentar Thl. 2 S. 439 N. 70 a. E. angezogene l. 3 pr. D. ne vis fiat ei 43, 4 geben l. 1 Cod. de ed. D. Hadr. toll. 6, 33 (Sever. et Anton. s. oben S. 86) v.: induci in possessionem und l. 7 pr. D. quor. app. 49, 5 (Paul. — s. oben S. 88 N. 26) v.: neve scriptus heres in possessionem inducatur. Vgl. unten §. 1843 Ziffer 11 N. 29.

37b) Die ältere Meinung, welche jedem missus ein Interdict derart gab, ist bekanntlich irrig. S. unten §. 1846

Es leuchtet ein, welche Vortheile dem scriptus die missio bot. Ohne missio beging er eine Besitzstörung, wenn er außergerichtlich den Besitz von Nachlaßstücken ergreifen wollte, den ein Andrer bereits erworben hatte; suchte er jedoch ihren Besitz mittels des Quorum bonorum zu erlangen, so mußte er sich in eine erschöpfende Verhandlung über die edictsmäßigen Voraussetzungen seiner bonorum possessio einlassen, konnte obendrein durch Appellation hingehalten werden und blieb gegenüber einem Besitzer, welcher endgültiges Erbrecht beanspruchte, stets schutzlos, gegenüber einem solchen aber, der einen Singulartitel vorschützte, wenigstens dann, wenn es ihm nicht gelang, die Nichtigkeit dieses Titels und die Kenntniß des Besitzers von derselben darzulegen. Wie begreiflich also, daß der bonorum possessor secundum tabulas dem Quorum bonorum die missio vorzog, daß der Civilerbe aus einem Testamente, der bis dahin wesentlich des Quorum bonorum wegen die bonorum possessio agnoscirt hatte, sich nunmehr damit begnügte, die missio nachzusuchen. So verschwand das Quorum bonorum als Rechtsbehelf des Testamentserben aus der täglichen Praxis, [38]) während die bonorum pos-

Ziffer 1 N. 1. Die Aufstellung eines besondern Interdictes bleibt ganz ausgeschlossen, wenn die Einführung unsrer missio jünger ist, als die Edictsredaction Julians; aber auch im andern Falle ist sie höchst unwahrscheinlich.

38) L. 7 pr. Cod. Theod. de testam. 4, 4 = l. 8 §. 1 Cod. Just. de codic. 6, 36 v. J. 424: sive bonorum possessionem secundum tabulas vel secundum nuncupationem ceterasque similes (s. oben N. 23 S. 87 f.) postularit aut certe ex edicto petierit. Nov. Valent. III. tit. XX de testam. Nov. 1 (v. J. 446) §. 5: Cuius heres ex edicto Divi Hadriani hereditaria corpora consequetur, nec bonorum possessionis petendae

sessio secundum tabulas als solche gerade erst jetzt durch das bekannte Rescript des Antoninus Pius besondere Bedeutung gewann, welches sie den civilen Intestaterben gegenüber zur bonorum possessio cum re machte, wenn dem Testamente zur civilen Gültigkeit nichts weiter fehlte, als die civile Errichtungsform. [39]) Uebrigens blieb das Interdict auch für den bonorum possessor secundum tabulas immerhin für den Fall noch nützlich, wenn er den Voraussetzungen der missio hinsichtlich der Eröffnung des Testamentes oder hinsichtlich der Erbschaftssteuer nicht genügt hatte, oder wenn die Erwirkung der missio verjährt war; oder endlich wenn es sich um Sachen handelte, deren Besitz der Gegner bereits bei Lebzeiten des Erblassers mit bewußter Rechtswidrigkeit sich angeeignet hatte. [39a])

Daß das Quorum bonorum des bonorum possessor contra tabulas völlig versagte, wenn die missio scripti heredis stattgefunden hatte oder noch stattfinden konnte, haben wir als den maßgebenden Inhalt der l. 1 Cod. h. t. [40]) bereits im ersten Theile der laufenden Serie die-

sustinebit necessitatem, quam generaliter omnibus relaxamus. Nov. 2 (v. J. 446) §. 1 i. f.: Scripto enim taliter sufficiet heredi, asserere etiam sine testibus fidem rerum, dummodo reliqua congruere demonstret, quae in testamentis debere servari tam veterum principum, quam nostrae praecipiunt sanctiones, ut in hereditariorum corporum possessionem probata scripturae veritate mittatur. — Vgl. Leist in diesem Commentar Serie der Bücher 37 und 38 Thl. 2 S. 504 ff.

39) Gai. II, 119—122.

39[a]) S. oben §. 1841 Ziffer 3 zu N. 46 S. 28 und unten §. 1843 Ziffer 10 zu N. 21 S. 110.

40) Sever. et Anton. 197: Hereditatem eius, quem patrem tuum fuisse dicis, petiturus, iudicibus, qui super ea re cognituri erunt, de fide intentionis allega . quam-

ses Commentars dargelegt. [41]) Der bonorum possessor contra tabulas war eben, ungeachtet seiner bonorum possessio, noch gar nicht an die Reihe gekommen, den vorläufigen Besitz des Nachlasses zu erwerben (ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum): es stand ihm mithin nur die hereditatis petitio (directa oder possessoria) zu Gebote.

Vermöge der dargelegten Umstände beschränkte sich also infolge der Gesetzgebung Hadrians die Anwendung des Quorum bonorum thatsächlich fast ausschließlich auf die bonorum possessio intestati cum re.

Für diese aber behielt es seine volle Bedeutung, so lange der ordo iudiciorum bestand, m. a. W. solange ihm das eigenthümliche Interdictenverfahren erhebliche processualische Vorzüge vor der hereditatis petitio gewährte.

§. 1843.

Das Quorum bonorum seit dem Untergange des ordo iudiciorum bis auf Justinian.

10. Wie wir früher gesehen haben, [1]) blieb auch nach dem Untergange des ordo iudiciorum den alten Interdicten-

vis enim bonorum possessionem ut praeteritus agnovisti, tamen interdicto Quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris.

41) A. a. O. S. 146 ff. Ich hole hier die dort versehentlich unterlassene Bemerkung nach, daß schon Schröder, das Notherbenrecht Abth. 1 S. 152 N. 25, die Beziehung des Eingangs der l. 1 cit. auf die Erbschaftsklage des Civilerben für durchaus möglich hält.

1) In diesem Commentar die laufende Serie Thl. 2 §. 1840 Ziffer 123 S. 448 ff.

sachen, d. h. den actiones extraordinariae ex causa interdicti, immer noch der Vorzug einer gewissen Beschleunigung vor der Mehrzahl der übrigen Klagen. Insbesondere waren sie von der Ladung per litis denuntiationem und deren Fristen befreit. [2])

Indessen war dieser Vorzug nicht erheblich genug, um dem Quorum bonorum des Intestaterben gegenüber dessen hereditatis petitio eine lebendige Wirksamkeit zu sichern. Versagte das Interdict doch sofort, wenn der Gegner die Frage nach dem endgültigen Erbrechte aufwarf, und veranlaßte es doch eine rechtskräftige Entscheidung über eben dieses Erbrecht nicht.

Die Bedeutungslosigkeit des provisorischen Rechtsbehelfes für den Intestaterben mußte aber um so empfindlicher fühlbar werden, wenn man denselben verglich mit dem entsprechenden Behelfe des Testamentserben, der missio Hadrianea. Eine unverkennbare Billigkeit drängte dahin, das Quorum bonorum diesem Rechtsmittel möglichst gleich zu gestalten.

Zwar soweit ist die kaiserliche Gesetzgebung nicht gegangen, auch für den Intestaterben eine missio, d. h. die Ermächtigung zu eigner Besitznahme auch derjenigen Nachlaßsachen zu gewähren, welche bereits von Dritten in Besitz genommen waren. Hiergegen sträubte sich vermuthlich die Anschauung, daß zu einer derartigen Ermächtigung wenigstens eine einigermaßen überzeugende Wahrscheinlichkeit der Berechtigung des immittendus erforderlich sei, wie eine solche prima facie freilich durch die Vorlegung eines äußer-

2) L. 6 Cod. Theod. de denunt. 2, 4 (406). Vgl. l. 5 eod. (389), l. un. eod. utrubi 4, 23 (400) und Symmachus rel. 16 (= epp. X, 29 al. 36 v. J. 384) und dazu Kipp die Litisdenuntiation als Prozeßeinleitungsform im römischen Civilprozeß S. 299 a. E. und N. 8 dazu.

lich fehlerfreien Testamentes erbracht wird, für die Intestaterbfolge jedoch durch bloße Verwandtschaftsbescheinigung nicht in annähernd gleicher Stärke erbracht werden kann.

Hielt man jedoch das Erforderniß der vollen Beweisverhandlung über die edictsmäßigen Voraussetzungen der bonorum possessio fest, so war es wohl nur folgerecht, daß man die actio ex causa interdicti immer noch für unanwendbar erklärte, sobald der Gegner sich auf sein endgültiges Erbrecht berief. Dies scheint mir der Inhalt der l. 2 Cod. h. t. 8, 2.

> *Dioclet.* et *Maxim.* 294: Si ex edicto sororis patruelis intestato sine liberis defunctae recte petita bonorum possessione quaesisti successionem, ac negotium integrum est, quae cum moreretur eius fuerunt, secundum edicti Quorum bonorum tenorem ab his, qui pro herede vel pro possessore possident, dolove malo fecerint, quo magis desierint possidere, tibi rector provinciae restitui efficiet.

Die Worte: ac negotium integrum est lassen kaum eine andre Deutung zu, als diese: „wenn der Gegner nicht die Frage nach dem endgültigen Erbrechte stellt.“ [3])

Dagegen vereitelte kein gesetzgeberisches Bedenken die Anforderung, zwei andere Vorzüge der missio auf das Quorum bonorum zu erstrecken, nämlich die Inappellabität und die Richtung auch gegen einen solchen eigenmächtigen Occupanten von Nachlaßsachen, der seinen Besitz auf einen rechtsgültigen Singulartitel stützen konnte: der eine Vorzug ist dem Interdicte zutheil geworden durch l. 22 Cod. Theod. quor. app. 11, 36 v. J. 374, der andre durch l. un. Cod. Theod. quor. bon. 4, 21 v. J. 395.

L. 22 cit. (*Valentin.*, *Valens* et *Gratian.* ad Claudium Pf. U.) lautet:

3) S. Thl. 1 dieser Serie des Commentars S. 151 f. N. 1.

In interdicto Quorum bonorum cesset licentia provocandi, ne, quod beneficio celeritatis inventum est, subdatur iniuriis tarditatis.

Während aber bei der missio scripti heredis lediglich die Appellation eines Interessenten gegen die erfolgte Ertheilung verboten ist, [4]) bezieht sich ihr Verbot beim Quorum bonorum, oder vielmehr bei der extraordinaria actio ex causa interdicti, gleichmäßig sowohl auf den Fall, wo die Klage abgewiesen, als auf denjenigen, wo ihr stattgegeben worden ist.

L. un. cit. (*Arcad.* et *Honor.* Petronio vicario Hispaniarum) sagt:

Quid iam planius, quam ut heredibus traderentur, quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset, etiamsi quod possit tribui de proprietate luctamen? §. 1. Constat autem, virum ab intestatae uxoris bonis, superstitibus consanguineis, esse extraneum, cum prudentium omnia responsa, tum lex naturae successores eos faciat. §. 2. Insuper etiam mansura perpetua sanctione iubemus, ut, omnibus frustrationibus amputatis, in petitorem corpora transferantur, secundaria actione proprietatis non exclusa.

Wie längst bemerkt worden ist, führt die Fassung des Eingangs dieser Constitution „von selbst auf den Gedanken, daß der Rechtssatz von der einstweiligen weiterungslosen Tradition der vom Erblasser besessenen corpora unter Reservation der petitorischen Klage schon anderweit bestanden haben muß.“ [5])

4) S. oben §. 1842 Ziffer 9 S. 88 zu N. 26 und S. 96.

5) Leist in diesem Commentar Serie der Bücher 37 und 38 Thl. 2 S. 423 N. 40a.

Brinz Lehrbuch der Pandekten 1. Aufl. S. 689 (vgl. S. 708 f. oben §. 1842 Ziffer 9 N. 28 S. 90), der im

Bestritten aber ist, wo dieser Satz gegolten habe.

Man hat in unsrer Stelle den positiven Beweis dafür zu finden geglaubt, daß die hereditatis petitio gegen jeden eigenmächtigen Besitzer einer vom Erblasser bei dessen Tode besessenen Sache gehe, und dieser Besitzer die Berufung auf sein Eigenthum nur als Einrede entgegenstellen könne. [6]) Nach den oben [7]) gemachten Ausführungen wird diese Ansicht eine besondere Widerlegung nicht erheischen. Sie steht in offenem Widerspruche mit allen Quellenzeugnissen über die Beklagtenrolle bei der hereditatis petitio und beim classischen Quorum bonorum. Ja, sofern sie der Einrede des Eigenthums gegenüber der hereditatis petitio stattgiebt, stimmt sie nicht einmal zu den Worten des Gesetzes, welche vorbehaltlich der Eigenthumsklage, unbedingte Herausgabe aller vom Erblasser bei seinem Tode besessenen Sachen gebieten. [8]) Nur unter der Voraussetzung etwa dürfte

§. 2 unsrer Stelle eine für das Quorum bonorum ohne Vorbild ganz neu eingeführte Satzung erblickt, ist deshalb genöthigt, in dem „planum“ (Quid iam planius) nicht mit Jac. Gothofredus einen „ausgemachten“ (manifestum), sondern einen „ebenen,“ naheliegenden Satz zu verstehen. In der 2. Aufl. Bd. 3 Abth. 1 S. 226 f. zu N. 60 und 61 äußert er sich über den hier fraglichen Punct nicht.

6) S. insbesondere Arndts Beiträge S. 38 ff. (ges. Schriften Bd. 2 S. 337 ff.). Vgl. Pfersche privatrechtliche Abhandlungen S. 288 f.

7) §. 1841 Ziffer 4 S. 42 ff.

8) Ich sehe nicht, wie man den Worten der l. un. pr. gegenüber es zugeben mag, „daß der Gegner sogleich im Erbschaftsstreite sein prätendirtes Eigenthum an den streitigen Sachen beweise,“ — wie Arndts a. a. O. S. 44 (ges. Schr. Bd. 2 S. 341) es thut, vollends, wenn man annimmt, der §. 2 habe das, was für den Erben schon bisher Rechtens gewesen, auf einen andern Fall erstreckt,

man ihr noch Berücksichtigung schenken, wenn außer ihr schlechterdings die Möglichkeit fehlte, für den in l. un. pr. als bereits bekannt bezeichneten Rechtssatz ein Anwendungsfeld ausfindig zu machen.

Diese Möglichkeit aber bietet sich in ebenso nahe liegender als allseitig befriedigender Weise.

Es ist das Verdienst von Leist[9]) darauf hingewiesen zu haben, daß das allgemein fragende Principium der l. un. überhaupt erst durch die Anknüpfung an die missio Hadrianea das richtige Verständniß bekommt. Dasselbe wird sich am einfachsten aus der nachfolgenden freien Wiedergabe des Inhalts unsrer Stelle entwickeln.

Die Kaiser sagen: „Bereits jetzt ist es etwas sehr Gewöhnliches, daß den Erben (nämlich den in einem äußerlich fehlerfreien Testamente eingesetzten) ohne Rücksicht auf die seitens der Besitzer etwa erhobenen Eigenthumsansprüche diejenigen Sachen herausgegeben werden müssen, welche der Erblasser im Augenblicke seines Todes besessen hat. §. 1. Nun steht es fest, daß der Ehemann beim Vorhandensein agnatischer Verwandten seiner ohne Testament verstorbenen Frau keinerlei Anspruch auf deren Nachlaß hat. §. 2. Des Weitern auch verordnen wir hiermit, daß er auf das Quorum bonorum eines Verwandten der Frau demselben

und den Ausdruck: omnibus frustrationibus amputatis darauf deutet, „daß die Herausgabe der im Nachlasse befindlichen Sachen auch durch Vorschützung angeblichen Eigenthums keine Verzögerung erleiden solle." Arndts a. a. O. S. 41 (339). — Später hat Arndts, wie namentlich seine Berufung auf v. Vangerow Lehrbuch der Pandekten Bd. 2 §. 505 Anm. unter 2 S. 345 zeigt, die Zulässigkeit der exceptio dominii gegenüber der hereditatis petitio fallen lassen. Rechtslexicon Bd. 5 (1844) S. 211 (ges. Schr. Bd. 2 S. 282) N. 30.

9) A. a. O. S. 427 N. 45.

alle von dieser bei ihrem Tode besessenen Sachen herauszugeben hat, ohne sich durch Berufung auf sein Eigenthum daran dem Interdicte entziehen zu können, unbeschadet jedoch seiner spätern Eigenthumsklage."

Die Befugniß, in vorstehender Umschreibung der kaiserlichen Verordnung die ausdrückliche Beziehung auf das Quorum bonorum zu geben, welche in ihren Worten nicht ausgesprochen ist, entnehmen wir vor allem der Thatsache, daß jene Verordnung schon im Codex Theodosianus, also nur einige vierzig Jahre nach ihrem Erlasse, unter der Ueberschrift „Quorum bonorum" aufgeführt worden ist. Ihre volle Bestätigung findet diese Thatsache im Codex Iustinianus, der unser Gesetz nicht nur unter der gleichen Titelrubrik als l. 3 wiedergiebt, sondern als den gemeinten Rechtsbehelf mittels eines Zusatzes ausdrücklich das Quorum bonorum nennt.

Auch für den von uns angenommenen Zusammenhang des in §. 2 neu Angeordneten mit demjenigen Rechtssatze, dessen Bestehen im principium erwähnt wird, haben wir eine zweifache äußere Bestätigung. Die eine enthält die Interpretatio:[10]) sie reihet mittels eines quoque die Vorschrift des §. 2 unter ausdrücklicher Beziehung auf den in §. 1 vorgetragenen Erbfall dem Inhalte des principium an. Die andre ergiebt sich aus der Umgestaltung, welche der §. 2 der ursprünglichen Fassung als l. 3 §. 1 h. t.

10) Iustum esse decernimus, ut, quodcunque auctor usque in diem vitae suae tenuerit, petentibus heredibus debeat consignari, illi postea, cui competit, actione servata. Virum quoque intestatae uxoris suae facultatem, quae sine filiis recessit, consanguineis eius, qui legitimi sunt, tradere mox sine ulla dilatione praecipimus et maritum proponere minime prohibemus, si quas sibi competere putaverit actiones.

im Codex Iustinianus erlitten hat. Die ganze Stelle lautet hier so:

Constat virum a bonis intestatae uxoris superstitibus consanguineis esse extraneum, cum prudentium omnium responsa et lex ipsa naturae successores eos faciat. §. 1. Ergo iubemus, ut omnibus frustrationibus amputatis per interdictum Quorum bonorum in petitorem corpora transferantur, secundaria actione proprietatis non exclusa.

Es ist also das principium der l. un. weggelassen, offenbar, weil Justinian dasselbe zum Verständnisse des in dem Gesetze neu Angeordneten für unerheblich hielt. Dafür aber weiset eine kleine Interpolation ausdrücklich darauf hin, daß eben dieses neu Angeordnete sich auf die gesetzliche Beerbung einer Ehefrau durch deren Seitenverwandte (l. un. §. 1 Cod. Theod. = l. 3 pr. Cod. Iust.) bezieht. Während der Codex Theodosianus sagt: Insuper — iubemus, heißt es im Codex Iustinianus: Ergo iubemus. Es wäre sonst in der verkürzten Form des Gesetzes eben die Beziehung dieser neuen Vorschrift zu jener Beerbung der Ehefrau unverständlich geblieben, welche in der ursprünglichen Fassung des Gesetzes aus dem in dessen Eingange bezeichneten Gesichtspuncte ohne weiteres hervorgeht.

Die Hauptgewähr aber für die Richtigkeit der hier vertheidigten Auffassung der l. un. erblicken wir in dem natürlichen Zusammenhange, in welchem die einzelnen Theile des Gesetzes infolge der gegebenen geschichtlichen Beleuchtung sich darstellen.

Zu welcher Künstelei dagegen, um nicht zu sagen: zu welcher Willkür — hat man Zuflucht nehmen müssen, um dem §. 2 unsrer l. un. einen Sinn abzuringen, wenn man das hierin unverkennbar neu Verordnete nicht auf das Quorum bonorum beziehen wollte! Mit einem geradezu

beängstigenden Aufwande von Gelehrsamkeit versteht Jacobus Gothofredus [11]) unter dem petitor dieses Paragraphen denjenigen, welcher ein ihm vom Princeps geschenktes vacantes oder proscribirtes Vermögen vindicirt; auf ihn werde durch die l. un. ausgedehnt, was für den Erben schon bisher unzweifelhaft Rechtens gewesen (quid iam planius?) sei. [12]) Und dieser Sinn des Ausdrucks petitor, der ohne weitern Zusatz gebraucht, bekanntlich einfach den Kläger, insbesondre bei einer in rem actio, bezeichnet, soll sich, obwohl durch keine Sylbe des Zusammenhanges auch nur angedeutet, daraus ergeben, daß er in einigen der späteren Stellen des Titels de petitionibus et ultro datis et delatoribus Cod. Theod. X, 10 allerdings zutrifft. [13]) Stimmt dazu in keiner Weise die Interpretatio, so bleibt die, wie erwähnt, etwas veränderte Lesart des Gesetzes selbst im Codex Iustinianus dabei vollständig unberücksichtigt. Allerdings hat man versucht, die an letzter Stelle durch den Zusatz: per interdictum Quorum bonorum außer Zweifel gesetzte Beziehung auf dieses Interdict durch die Bemerkung zu bemänteln, daß die petitiones im fraglichen Sinne im justinianischen Rechte ganz verbannt sind (tit. Cod. Iust. X, 12 de petitionibus bonorum sublatis); [14]) allein nichtsdestoweniger fehlt jede Erklärung dafür, was denn die gemäß dieser Ansicht ihrem Inhalte

11) Comment. ad l. un. Cod. Theod. quor. bon. 4, 21.

12) Vgl. die Gothofredus zustimmende Ausführung von Arndts a. a. O. S. 41 (ges. Schr. Bd. 2 S. 339). Ebenfalls zustimmend Pfersche a. a. O. S. 289 N. 1.

13) Nämlich in l. 32 pr. (bis) und §. 2 v. J. 425 und in l. 33 v. J. 426. In der ersten Stelle (l. 32 pr.) heißt es zudem zuerst: Petitores bonorum; in der andern (l. 33): petitorum non tantum vitia comprimimus, sed ipsum etiam nomen abolemus.

14) Arndts a. a. O. S. 41 (339) und S. 45 (341) N. 68.

nach so völlig geänderte Constitution bei Justinian überhaupt noch bezwecke. Vom Standpuncte dieser Ansicht erscheinen vielmehr die mit dem Gesetze vorgenommenen Aenderungen geradezu unbegreiflich. Einerseits ist den aus der ursprünglichen Fassung übernommenen Worten ein Zusatz beigefügt, welcher den, nach eben dieser Ansicht von altersher und fortdauernd so für die hereditatis petitio, wie für das Quorum bonorum geltenden, Satz in geradezu irreleitender Weise auf das letztere zu beschränken scheint; anderseits ist gar das principium weggelassen, welches jenen allein wesentlichen Satz [15]) unmittelbar und unbeschränkt ausspricht! Ja, man sieht nicht einmal ein, weswegen die l. un. selbst jenen für die gewöhnliche Erbfolge angeblich zweifellosen Satz erst noch in so nachdrücklicher Form (insuper — mansura perpetua sanctione) auf die Universalklage wegen der vom Fiscus veräußerten bona vacantia oder proscripta zu erstrecken brauchte, — ist doch diese Universalklage bekanntlich schon frühzeitig nach dem Vorbilde der hereditatis petitio behandelt worden. [16])

Es ist kaum noch nöthig, der hier vertheidigten Erklärung der l. un. Cod. Theod. oder der l. 3 Cod. Iust. h. t. die Bemerkung beizufügen, daß wir eine Ausdehnung ihrer Vorschrift auf die hereditatis petitio für schlechterdings unzulässig halten. Wenn Dernburg [17]) meint: „Was so zugunsten des bloßen bonorum possessor festgesetzt ist, muß um so gewisser dem Erben zugute kommen,

15) Arndts a. a. O. S. 45 (341) N. 68: „Und wie kann man endlich annehmen, daß die Compilatoren diesen praktisch so brauchbaren und angemessenen Rechtssatz, quo nihil planius, stillschweigend über Bord geworfen hätten?" — Aber weshalb haben sie ihn dann nicht vielmehr einfach aufgenommen?

16) L. 54 pr. D. de H. P. 5, 3 (Julian.).

17) Pandekten Bd. 3 §. 172 N. 16 a. E. 2. Aufl. S. 348.

welcher sein Erbrecht mit der Erbschaftsklage bewiesen hat," — so würdigt er dabei nicht den geschichtlichen Zusammenhang, in welchem für das Quorum bonorum diese Erweiterung seiner possessorischen Function eingetreten ist.[18]) Seiner Schlußfolgerung kommt daher keine größere Kraft zu, als etwa derjenigen, welche aus der Thatsache, daß die Einrede aus einem Rechte auf den Besitz gegenüber einer recuperatorischen Besitzklage unzulässig ist, deren Unzulässigkeit auch gegenüber der rei vindicatio herleiten wollte.

Vollends aber bedarf die Ansicht keiner Widerlegung mehr, welche unter dem de proprietate luctamen und der secundaria actio proprietatis der l. un. die hereditatis petitio verstand. Es genüge, an das Vorhandensein dieser Ansicht erinnert zu haben; im übrigen mag auf unsere früheren Ausführungen verwiesen werden, wonach das Quorum bonorum versagt wurde, sobald der Gegner endgültiges Erbrecht beanspruchte.[19])

Leist[20]) glaubt, noch in einem andern Puncte „eine directe Herüberwirkung von der missio auf das Interdict zwecks Vereinfachung und also Beschleunigung des Verfahrens des letztern zu erkennen. Das Interdict ging laut seiner edictsmäßigen Fassung auf alles, „quod de his bonis," „quorum possessio" dem Impetranten ertheilt worden war, der Impetrat pro herede oder possessore

18) Eben das, was man herkömmlich als „summarische" Natur des Quorum bonorum bezeichnet. Vgl. Brinz 1. Aufl. S. 690, wo die „Neuerung" in Zusammenhang „mit der Ausbildung des Interdictes zum summarischen Rechtsmittel neueren Sinnes" gesetzt ist, vbd. mit 2. Aufl. Bd. 3 Abth. 1 S. 226 f., wo sie auf den possessorischen Charakter des Quorum bonorum zurückgeführt wird.

19) S. diese Serie des Commentars Thl. 1 S. 110—152.

20) A. a. O. Thl. 2 S. 426 f. N. 45.

possidet. Dazu gehören auch solche Sachen, deren Besitz der Impetrat dem Erblasser bei dessen Lebzeiten mit bewußter Rechtswidrigkeit entzogen hat.[21]) Die missio dagegen beschränkte sich auf diejenigen Sachen, welche der Erblasser im Augenblicke seines Todes besessen hatte.[22]) Während nun, l. 2 Cod. h. t. (*Dioclet.* et *Maxim.* 294)[23]) in den Worten: quae cum moreretur, eius fuerunt — restitui efficiet — noch ganz den Standpunct des Edictes festhalte, habe sich die l. un. Cod. Theod. h. t. den beschränktern der missio angeeignet, indem sie ausschließlich von denjenigen corpora rede, quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset.

Allein hierbei ist übersehen, daß das diese Worte enthaltende principium der l. un. nach Leists eigner scharfsinniger Bemerkung eben von dem bestehenden Rechte der missio spricht. Die neue Vorschrift des Gesetzes in §. 2 überträgt nun dieses Recht auf das Quorum bonorum soweit, als auch letzteres nicht mehr durch die Berufung des Impetraten auf einen Singulartitel ausgeschlossen werden soll, deutet dagegen in keiner Weise an, daß auch die gegenständliche Beschränkung von der missio auf das Interdict übertragen werden solle. In der That lag hierzu auch wohl kaum ein Bedürfniß vor. Beschränkt sich nämlich die missio auf solche Sachen, die der Erblasser bei seinem Tode besessen hat, so erscheint das deshalb geboten, weil sie den immissus zu eigener Besitznahme der Sachen ermächtigt, worauf sie sich bezieht: soll eine derartige Ermächtigung hinsichtlich der von Dritten bereits besessenen Sachen nicht unausbleiblich zu Thätlichkeiten führen, so ist es durchaus unerläßlich, die Gegenstände jener Ermächtigung möglichst

21) S. oben §. 1841 Ziffer 3 zu N. 46 S. 48.
22) Paul. III, 5, 18. S. oben §. 1842 Ziffer 9 S. 85.
23) S. oben S. 101.

handgreiflich zu kennzeichnen; und dies geschieht gerade durch Hinweis auf den Besitz des Erblassers. Wesentlich anders verhält es sich mit dem Quorum bonorum. Dieses ertheilt dem Impetranten durchaus nicht die Befugniß zu eigner Besitznahme; es überläßt vielmehr die Frage, ob der gegenwärtige Besitzer von Nachlaßsachen deren Besitz an den Impetranten herausgeben müsse, der richterlichen Entscheidung: die handgreifliche Kennzeichnung der Sachen ist ganz unwesentlich. Auch der Gesichtspunct der „Vereinfachung“ und „Beschleunigung“ kann hier als maßgebend nicht gelten: nicht ihretwegen ist die Berufung des Occupanten auf sein Eigenthum ungeeignet, missio und Quorum bonorum auszuschließen; vielmehr wird umgekehrt dadurch, daß aus einem sachlichen Grunde, d. h. wegen der Beschränkung der Frage auf den Besitz des Erblassers, die Berufung des Impetraten auf sein Eigenthum ausgeschlossen bleibt, das Verfahren in gewissem Sinne beschleunigt. — Auch stimmt nur zu der Ansicht, das principium der l. un. Cod. Theod. habe die gegenständliche Tragweite des Quorum bonorum nicht geändert, die Thatsache, daß Justinian dasselbe in l. 3 Cod. Iust. einfach weggelassen hat. — Wie bedenklich es überhaupt ist, in den Constitutionen über unsre Lehre Worte zu pressen, die, ohne Rücksicht auf einen bestimmten, nicht in Frage stehenden logischen Gegensatz gebraucht, in ihrem natürlichen Sinne zu einem Mißverständnisse kaum Anlaß bieten, das dürfte endlich die Vergleichung der l. 3 pr. Cod. de ed. D. Hadr. toll. 6, 33 mit l. 2 Cod. h. t. zeigen. Führt nämlich Justinian in jener Stelle als Gegenstand der missio diejenigen Sachen auf, quae testatoris mortis tempore fuerunt, so darf man daraus doch gewiß nicht folgern, daß er kraft dieses Ausdrucks der missio umgekehrt die sachliche Ausdehnung des Quorum bonorum habe geben wollen, dessen Gegenstand Diocletian in der andern Stelle bezeichnet als: quae cum

moreretur eius fuerunt. Und ebenso wenig darf der übereinstimmende Ausdruck beider Stellen: quae testatoris — eius — fuerunt zu der Annahme verleiten, missio und Quorum bonorum bezögen sich ausschließlich auf solche Sachen, welche Eigenthum des Erblassers gewesen sind.

11. Nach dem Untergange der litis denuntiatio als Proceßeinleitungsform bestand der processualische Vorzug der extraordinariae actiones ex causa interdicti, wie wir gesehen haben,[24]) nur noch in einer allgemeinen Beschleunigung des Verfahrens. Im übrigen blieb bis auf Justinian das dargestellte Recht des Quorum bonorum wie der missio in Geltung.

Dagegen ergeben sich aus dem Codex Iustinianus für beide Institute nicht unerhebliche Aenderungen.

Was zunächst das Quorum bonorum betrifft, so ist die l. 22 Cod. Theod. de app. 11, 36 von Justinian nicht aufgenommen, auch nirgend in der Compilation erwähnt, daß die Appellation gegen die actio ex causa interdicti unstatthaft sei. Will man dies nicht für blinden Zufall halten, so muß man gewiß folgern, daß hier die Appellation jetzt wieder zulässig ist.[25]) Vielleicht erklärt sich dies aus der Anschauung, die l. 22 sei in der That über das Ziel hinausgeschossen. Denn während die Inappellabilität hinsichtlich der missio sich durchaus auf deren Ertheilung beschränkte, nicht dagegen die Entscheidung über

24) S. Thl. 2 dieser Serie des Commentars §. 1840 Ziffer 123 S. 448 ff.

25) A. M. Leist Commentar Thl. 2 S. 430 N. 48, der ungeachtet der Nichtaufnahme von l. 22 Cod. Theod. wegen der Gleichartigkeit des Quorum bonorum mit der missio die bei der letztern geltende Inappellabilität „nach Justinians vermuthlicher Intention auch für das Interdict der Intestatsuccession analog“ gelten lassen will.

die actio in factum zu deren Schutze betraf,[26]) war sie kraft jenes Gesetzes bei der actio ex causa des Quorum bonorum allgemein vorgeschrieben,[27]) und somit dem letztern Rechtsbehelfe eine kaum beabsichtigte Eigenthümlichkeit gegenüber der missio beigelegt worden.

Eingreifender sind Justinians Vorschriften hinsichtlich der missio.

L. 3 Cod. de ed. D. Hadr. toll. 6, 33 v. J. 531 (*Iustinianus* Iuliano PP.):

Edicto Divi Hadriani, quod sub occassione vicesimae hereditatum introductum est, cum multis ambagibus et difficultatibus et indiscretis narrationibus penitus quiescente, quia et vicesima hereditatis a nostra recessit re publica, antiquatis nihilo minus et aliis omnibus, quae circa repletionem vel interpretationem eiusdem edicti promulgata sunt, sancimus, ut si quis[28]) ex asse vel ex parte competenti iudici testamentum ostenderit, non cancellatum neque abolitum neque ex quacunque suae formae parte vitiatum, sed quod prima figura sine omni vituperatione appareat et depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit, mittatur quidem in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur, et eam cum testificatione publicarum personarum accipiat. §. 1. Sin autem aliquis contradictor extiterit, tunc in iudicio competenti causae in possessionem missionis et

26) S. oben §. 1842 Ziffer 9 S. 96.

27) S. Ziffer 10 S. 102.

28) Hier scheinen die Worte: heres scriptus oder dergl. ausgefallen zu sein (Krüger), wie denn die Correctur des Codex von Montpellier (M^b) aus dem 12. Jahrhundert lieset: si quis ex asse vel ex parte institutus heres.

subsecutae contradictionis ventilentur, et ei possessio adquiratur, qui potiora ex legitimis modis iura ostenderit, sive qui missus est, sive qui antea detinens contradicendum putavit. §. 2. Nullis angustiis temporum huiusmodi missione coartanda, sed sive tardius sive praemature aliquis missus est, legis tantummodo arbitrium requiratur et causa, unde vel missio vel contradictio exoritur. §. 3. Sive enim post annale tempus sive post maioris aevi curricula aliquis fuerit missus, si tantum ex legitime formato testamento missio procedat, nullum ei temporis obiciatur obstaculum, nisi tantum temporis effluxerit, quod possit vel possessori plenissime securitatem et super dominio praestare, vel ipsi, qui missus est, omnem intentionem excludere. §. 4. Si enim vel ex una parte vel ex utroque latere temporis prolixitas occurrit, manifestissimum est non solum missionem, sed etiam ipsam principalem causam esse sopitam.

An der Form der Testamentseröffnung und an der Zuständigkeit für diese Handlung hat unser Gesetz nichts geändert. Allerdings war jetzt nach Aufhebung der Erbschaftssteuer die dieser Steuer halber vorgeschriebene amtliche Publication der Testamente mit ihren bestimmten Fristen [28a]) nicht mehr geboten. Wohl aber fand sie, freilich ohne jene Fristen, immer noch statt auf Antrag desjenigen, dem aus irgend einem Grunde daran lag, sich den Nachweis des Testamentes zu sichern, — also namentlich auch auf Antrag des eingesetzten Erben selbst, der die missio erwirken wollte. Die Worte der l. 3 pr. Cod. 6, 33: si quis ex asse (heres scriptus) vel ex parte competenti iudici testamentum ostenderit non cancellatum neque abolitum neque ex quacunque suae formae parte vitia-

28a) Paul. IV, 6, 3.

tum etc. — sagen also keineswegs, daß zwecks der missio nunmehr die Eröffnung des Testamentes vor demjenigen Gerichte zu erfolgen habe, welches als forum rerum hereditariarum sitarum die missio zu ertheilen zuständig ist. Sie fordern vielmehr nur, daß diesem Gerichte eine nicht durchstrichene (cancellatum) oder sonst zerstörte (abolitum), den Formvorschriften genügende und mit den Unterschriften (depositionibus)[28b]) von sieben Zeugen versehene Testamentsurkunde vorgelegt werde; davon aber reden sie nicht, daß die sieben Siegel des Verschlusses unversehrt sein müßten. In der That würde es wenig geschickt gewesen sein, die missio an die Voraussetzung zu binden, daß das Testament gerade vor dem für ihre Ertheilung zuständigen Gerichte auch eröffnet worden sei: wäre doch damit nicht nur in allen Fällen, in denen die Nachlaßsachen in mehreren Gerichtssprengeln liegen, mindestens in Einem dieser Sprengel die missio ausgeschlossen, sondern namentlich auch das remedium ex lege ult. überall da unanwendbar gemacht worden, wo das Testament aus irgend einem Grunde vor einem andern Gerichte, als dem höhern des belegnen Nachlasses, eröffnet worden ist.[28c]) Sicherlich aber hat

28b) Es ist wohl zu beachten, daß die Testamentszeugen ihren Namen nicht nur zu dem Siegel schrieben, welches sie auf den Verschluß der Testamentsurkunde setzten (superscriptio), sondern nach Nov. Theod. II. tit. XVI nr. 1 §. 2 auch in reliqua parte testamenti (subscriptio) und dabei zugleich eine Angabe über den allgemeinen Inhalt des von ihnen unterschriebenen Schriftstücks machten. Bruns die Unterschriften der römischen Rechtsurkunden (aus den Abth. der Königl. Akad. der Wissensch. zu Berlin 1876) S. 88, 93 ff., 101 ff. Eine solche subscriptio läßt sich daher immerhin als depositio bezeichnen.

28c) Vgl. §. 1842 Ziffer 9 S. 83 f. zu N. 9 f.

Justinian stillschweigend die Nothwendigkeit des Nachweises vorausgesetzt, daß das zwecks Erwirkung der missio bereits eröffnet vorgelegte Testament erst nach dem Tode des Testators eröffnet worden sei; dieser Nachweis wurde ebenso selbstverständlich am einfachsten durch das Protokoll der Behörde erbracht, welche die Eröffnung vorgenommen hatte.

Eine missio aus einem mündlichen Testamente scheint Justinian nicht zu kennen: der Wortlaut seines Gesetzes paßt zu ihr nicht; auch war ihr in der That der Boden entzogen, als mit der Erbschaftssteuer die zwecks deren Erhebung nothwendige amtliche Bekundung der Erbeinsetzung in einem mündlichen Testamente weggefallen war. Die Protokolle über die Aussagen der Zeugen eines solchen Testamentes sind nicht geeignet, eine handgreifliche Legitimation des eingesetzten Erben zu bilden, wie jene Bekundung es gethan hatte. Eine beweistüchtige Bekundungsform des mündlichen Testamentes aber, wie sie in Deutschland in der notariellen Urkunde über dessen Errichtung entstanden ist,[28a]) war dem Rechte Justinians fremd.

Grundsätzlich geändert hat m. E. die l. 3 das Wesen der missio scripti heredis. Bis dahin war diese ihrem

28a) S. diesen Commentar Thl. 33 §. 1401 S. 333 f. Auf eine solche und eine particularrechtlich sonst etwa als beweistüchtig anerkannte Urkunde über ein mündlich errichtetes Testament sollte der Ausdruck „testamentum nuncupativum in scripturam redactum“ beschränkt bleiben. Seufferts Archiv Bd. 2 Nr. 75 unter 1 erwähnt eine Bestimmung des Bamberger Rechtes, wonach der Niederschrift des mündlich errichteten Testamentes durch den Pfarrer unter Mitwirkung der Testamentszeugen die gleiche Beweiskraft zukommt, wie sie die notarielle Bekundung eines mündlichen Testamentes hat. Vgl. unten §. 1844 Ziffer 12 zu N. 12b.

Inhalte nach die, von anderen missiones in bona durch nichts unterschiedene, Ermächtigung für den Eingesetzten, kraft deren er selbst sich in den Besitz der Nachlaßsachen setzen durfte, und zwar auch derer, welche ein Dritter eigenmächtig occupirt hatte. Wenn hier, wie allerdings wahrscheinlich ist, ein induci iure potestatis bereits vor Justinian stattfand, [29]) so geschah es doch wohl erst, nachdem dem missus Widerstand entgegengesetzt worden war. Wenigstens ist es so hinsichtlich der missio legatorum seu fideicommissorum servandorum causa und der missio Antoniana, obwohl bei ihnen diese executio extraordinaria als der bessere Weg vor dem interdictum Ne vis fiat ei, qui missus est, empfohlen wird. [30]) Die missio scripti

29) L. 1 Cod. de ed. D. Hadr. toll. 6, 33 (s. oben §. 1842 Ziffer 9 S. 86) und l. 7 pr. D. quor. app. 49, 5 (s. das. N. 26 S. 88). Vgl. das. S. 96. Es ist wenig wahrscheinlich, daß in beiden Stellen der Ausdruck induci nach l. 3 Cod. de ed. D. Hadr. toll. 6, 33 interpolirt, noch weniger, daß er in beiden im Sinne von mitti gebraucht sein sollte.

30) L. 3 D. ne vis fiat ei 43, 4 (Ulp. lib. 68. ad ed.) pr.: Si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi causa et non admittatur, potestate eius inducendus est in possessionem, qui eum misit, aut si quis volet uti interdicto, consequens erit dicere, interdictum locum habere. sed melius erit dicere, extra ordinem ipsos iure suae potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnunquam etiam per manum militarem. §. 1: Constitutum est ab Antonino, ut etiam in bona heredis quis [ad]mittatur certis modis. si quis igitur in his bonis non admittatur, dicendum est, actionem hanc utilem competere: ceterum poterit uti et extraordinaria exsecutione. L. 5 §. 27 D. ut in poss. legat. 36, 4 (Ulp. lib. 52. ad ed.): Missus in possessionem si non admittatur, habet interdictum propositum: aut per viatorem aut per

heredis dagegen soll nach Justinian in allen Fällen dadurch vollzogen werden, daß der immissus den Besitz der Nachlaßsachen cum testificatione publicarum personarum accipiat, — ganz ohne Unterschied, ob diese Sachen noch besitzlos sind oder non legitimo modo ab alio detinentur, ob die eigne Besitznahme des immissus ungehindert vor sich gehen könnte, oder ob ihr von irgend einer Seite her Hindernisse oder Widerstand entgegengestellt werden. Es ist m. E. völlig unzulässig, wie Leist[31]) es will, die Mitwirkung von publicae personae bei der Besitzergreifung auf den Fall zu beschränken, wenn ein Dritter Nachlaßsachen eigenmächtig occupirt hat. Denn auf diesen besondern Fall geht Justinian erst in §. 1 seiner Verordnung ein, nachdem er im Principium derselben ganz allgemein von den Voraussetzungen und der Durchführung der missio gesprochen hat. Wollte man also überhaupt unterscheiden, so müßte man umgekehrt die Besitzergreifung des immissus cum testificatione publicarum personarum auf den Fall beziehen, wo die Nachlaßsachen noch besitzlos sind. Es liegt aber auf der Hand, daß so verstanden Justinians Vorschrift höchst zweckwidrig sein würde: jene testificatio, d. h. eben die amtliche Einführung des immissus in den Besitz der Nachlaßsachen, ist offenbar gerade deshalb vorgeschrieben, damit es nicht bei eigner Besitzergreifung durch den immissus zu Thätlichkeiten komme; dies aber ist sicherlich vor allem da zu besorgen, wo bereits ein Dritter sich in Besitz gesetzt hat. Uebrigens ist die Allgemeinheit der Vorschrift durchaus begreiflich: bei der Ertheilung der missio weiß man häufig noch gar nicht, ob einzelne Nachlaßsachen noch besitzlos sind, und ob der Besitznahme Widerstand entgegen-

officialem praefecti aut per magistratus introducendus est in possessionem.

31) A. a. O. S. 439 f.

treten werde. Soweit dies nicht geschieht, bereitet auch das Erforderniß der testificatio keine irgendwie bedenkliche Weitläufigkeit.

Muß nun der eigenmächtige Occupant von Nachlaßsachen ungeachtet seines Widerspruchs (qui antea detinens contradicendum putavit) dem cum testificatione publicarum personarum in deren Besitz eingeführten scriptus heres weichen, so ist damit natürlich das ihm etwa zustehende Recht auf deren Besitz nicht verloren, mag dies endgültiges Erbrecht, mag es das auf einen Singulartitel erworbene Eigenthum oder ein sonstiges Recht sein. Hierüber kann es nachträglich zu einem wirklichen Rechtsstreite kommen, welcher selbstverständlich nicht vor dem die missio scripti verfügenden magistratus rerum hereditariarum sitarum verhandelt wird, sondern vor dem für die angestellte Klage an sich zuständigen Gerichte (in iudicio competenti).

Die Befugniß zur Erwirkung der missio als solche unterliegt der Verjährung nicht. Wohl aber ist sie ausgeschlossen, wenn entweder der Occupant von Nachlaßsachen kraft eines Singulartitels deren Eigenthumsersitzung geltend machen kann, z. B. wenn er bewegliche Nachlaßsachen drei Jahre, Nachlaßgrundstücke zehn oder zwanzig Jahre lang pro legato besessen hat, — oder wenn die hereditatis petitio des scriptus heres verjährt ist, also wenn der Occupant pro herede oder pro possessore dreißig Jahre im Besitze gewesen ist.[32]) Indessen darf wegen einer solchen Verjährung das Gesuch um die missio nur dann abgeschlagen werden, wenn dieselbe aus dem eignen Vorbringen des Impetranten hervorgeht oder gerichtskundig ist: zu einer contradictorischen Verhandlung gewährt das Verfahren über jenes Gesuch keinen Raum; der Occupant hat also in diesem Verfahren nicht einmal dann Gelegenheit

32) L. 7 Cod. de H. P. 3, 31.

die Verjährung vorzuschützen, wenn er dieselbe in continenti beweisen könnte.

Durch die Beseitigung der einjährigen Verjährung ist die missio in dieser Hinsicht dem Quorum bonorum gleichgestellt: wie letzteres, das als wirkliche Klage stets nur gegen den possessor pro herede vel pro possessore geht, verjährt auch die missio, sofern sie erwirkt wird, wo eine Occupation von Nachlaßsachen pro herede oder pro possessore stattgefunden hat, in dreißig Jahren.

Geblieben ist dagegen auch jetzt der Unterschied beider Rechtsbehelfe, daß das Quorum bonorum nur anwendbar ist, wenn ein Dritter pro herede oder pro possessore im jüngern Sinne besitzt, und als eigentliche Klage auf ein contradictorisches Verfahren abzielt, während die missio einen bestimmten Gegner nicht voraussetzt und auch da, wo ein solcher vorhanden ist, ein contradictorisches Verfahren nicht zuläßt.

Die processualische Begünstigung einer actio ex causa interdicti war in Justinians Recht so wenig erheblich, daß sie beim Quorum bonorum die Nachtheile kaum aufwog, welche dieses Interdict im Vergleiche mit der hereditatis petitio zeigte.[33]) So wurde es thatsächlich wohl nur da benutzt, wo es den sachlichen Vorzug vor dieser Klage zur Geltung bringen konnte, daß es gegen jeden eigenmächtigen Occupanten von Nachlaßsachen ging. Dem entsprechend giebt der ihm gewidmete Pandektentitel in zwei kleinen Fragmenten neben der formula interdicti nur die allgemeinen Grundzüge, jedoch nichts aus der Casuistik des ehedem so häufig angewandten Rechtsbehelfes; der Codextitel 8, 2 aber erklärt in der ersten seiner drei Constitutionen, daß das Interdict für den bonorum possessor contra tabulas unanwendbar; in der zweiten, daß es für

33) Vgl. oben Ziffer 10 z. A. S. 100.

den bonorum possessor intestati anwendbar sei, sofern nur nicht die Frage nach dem endgültigen Erbrechte aufgeworfen werde; in der dritten endlich, daß es ihm auch gegen den eigenmächtigen Occupanten von Nachlaßsachen auf einen Singulartitel zustehe. Damit ist offenbar das eigentliche Anwendungsgebiet des Interdictes bezeichnet.

Für den scriptus heres übrigens hat das Quorum bonorum jetzt nur noch eine verschwindend geringe Bedeutung.[34]) Einerseits ist die förmliche Eröffnung des Testamentes und die Berichtigung der Erbschaftssteuer auch zwecks der missio unnöthig, und die kurze Verjährung dieses Rechtsbehelfes beseitigt; anderseits fordert das Quorum bonorum des bonorum possessor secundum tabulas wenigstens den Nachweis, daß beim Tode des Erblassers eine gehörig versiegelte[35]) Testamentsurkunde vorhanden gewesen sei, welche die Erbeinsetzung des Impetranten enthalten hat.[36]) Auch bleibt das Quorum bonorum ebenso unwirksam, wie die missio es thut, wenn der Impetrat Nachlaßsachen kraft eines Singulartitels ersessen hat: sie gehören nun nicht mehr zu den bona,[37]) und keine Fiction gebietet, sie trotzdem dazu zu zählen.[38]) Umgekehrt dagegen erfordert das Interdict mehr als die missio, insofern es rechtzeitige Agnition der bonorum possessio voraussetzt. Nur dann konnte das Quorum bonorum dem scriptus heres noch dienlich sein, wenn entweder die Testaments-

34) Vgl. oben §. 1842 Ziffer 9 S. 98.

35) Oder doch ohne seinen Willen in ihrem Verschlusse verletzte. L. 1 §. 10 D. de B. P. sec. tab. 37, 11. Leist in diesem Commentar Serie der Bücher 37 und 38 Thl. 4 S. 206. Krüger Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 1 roman. Abth. S. 55.

36) Vgl. oben S. 116.

37) S. oben §. 1841 Ziffer 5 S. 52.

38) Vgl. oben S. 119.

urkunde nach dem Tode des Erblassers verloren gegangen oder zerstört war, oder wenn es sich um Sachen handelte, deren Besitz der Gegner mit bewußter Rechtswidrigkeit bereits dem Erblasser entzogen hatte. [38a]) Und ferner wird der in einem mündlichen Testamente Eingesetzte, welchem im justinianischen Rechte, wie wir gesehen haben, die missio nicht zustand, [39]) sich des Quorum bonorum bedient haben.

Eine letzte Annäherung des Quorum bonorum an die missio endlich ergiebt sich aus Nov. 69 c. 1 pr. v. J. 538, sofern hier das forum rei sitae, obschon nur als electives neben dem forum generale, für alle actiones de possessione, und darunter doch auch wohl für unser Interdict, eingeführt worden ist.

§. 1844.

Das Quorum bonorum seit der Glosse. [1])

12. Schon die Glosse hat das Quorum bonorum utiliter dem Civilerben als solchem beigelegt. [2]) Dadurch ist das Interdict zum provisorischen Rechtsmittel jedes Intestaterben geworden und bildet somit ein vollständiges Gegenstück zur missio scripti heredis als dem provisorischen Rechtsmittel des eingesetzten Erben, vollends da man zur Erlangung der bonorum possessio eine gerichtliche

38a) S. oben Ziffer 10 S. 110 zu N. 21.

39) S. oben S. 116.

1) Leist die Bonorum possessio Bd. 2. Abth. 2. Fünftes Buch. Zweites Kapitel. Die Lehre vom Einsatz. S. 465—500.

2) Gl. ad l. 1 Cod. quor. bon. 8, 2 ad v. *hereditatem*: per hoc patet, quod datur etiam ei, qui de iure civili admittitur, sed utiliter, non directo: ut D. eod. l. 1.

Anmeldung des Erwerbs nicht mehr erforderte. [3]) Andererseits hat die Glosse das Missionsverfahren für den Fall zu einem von vornherein contradictorischen, also zu einem wahren Klagverfahren, gestaltet, wenn dem Impetranten vor Durchführung der Mission Widerspruch entgegengesetzt wurde. [4])

Für beide Rechtsbehelfe, die damit unter einen gemeinsamen Begriff zusammengefaßt sind, erscheint um die Mitte des 16. Jahrhunderts in Deutschland die Bezeichnung „gerichtlicher Einsatz." [5])

Ungeachtet dieser Zusammenfassung hatten sich jedoch

3) Leist a. a. O. Erstes Kapitel. S. 368—464.

4) Casus ad l. 3 Cod. de ed. D. Hadr. toll. 6, 33: — Si aliquis exstiterit contradictor, qui potiora iura habuit: illi adiudicatur possessio, sive fuerit petitor, qui mitti desiderat, sive possessor, qui detinet et contradicit, alium non esse mittendum. Glossa ad h. l. v. *contradictor*: qui etiam dicit se heredem et in solidum, vel cum legitimus sit, dicit testamentum vituperatum, non autem talis contradictor, ut in lege II huius tituli: nisi in continenti possit probare. Brinz Lehrbuch der Pandekten 2. Aufl. Bd. 3 Abth. 1 §. 406 unter 2 S. 271 f. §. 395 unter I 1 S. 193.

5) Nach Leist a. a. O. S. 411 zuerst in der Nürnberger Reformation von 1564. — Uebrigens bestand Meinungsverschiedenheit darüber, ob auch der scriptus heres das Quorum bonorum gebrauchen könne; manche Schriftsteller geben es ihm da, wo die missio unanwendbar sei, andere lassen ihm die Wahl zwischen dem Interdicte und dem remedium der l. ult. Cod. de ed. D. Hadr. toll. 6, 33. Leist a. a. O. S. 475 ff. Aber diese Wahl ist in der That ohne Werth (vgl. unten zu N. 9); und nur da, wo die missio durch Verlust oder Zerstörung der Testamentsurkunde nach dem Tode des Testators vereitelt worden ist, hat das Interdict für den scriptus heres noch Bedeutung. S. oben §. 1843 Ziffer 11 S. 121.

Wesensverschiedenheiten beider Rechtsbehelfe behauptet. Das Interdict als förmliche Klage erforderte von jeher einen bestimmten Gegner, nämlich einen possessor pro herede oder pro possessore (im Sinne des §. 3 J. de interd. 4, 15) von Nachlaßsachen; die missio ex lege ult. dagegen fand auch dann statt, wenn die Nachlaßsachen noch besitzlos waren, und niemand ihre Besitznahme seitens des scriptus heres zu hindern suchte. [5a])

Hieran knüpfte sich der weitere Gegensatz, daß die missio ausschließlich beim Gerichte der belegenen Sachen erwirkt werden konnte, während das Quorum bonorum auch in dem allgemeinen Gerichtsstande des Beklagten stattfand. Unverkennbar war diese, rein geschichtlich entstandene, Verschiedenheit gegenwärtig bei der innern Verwandtschaft beider Rechtsbehelfe wenig passend. Leist hielt deshalb anfangs [6]) die Wissenschaft für berechtigt, die Ausschließlichkeit des Gerichtsstandes der belegenen Sachen auf das Quorum bonorum zu erstrecken. Später [7]) scheint er die

5a) Wenigstens nach neuerer Praxis wurde das Missionsverfahren als contradictorisches auch dann behandelt, wenn jemand, ohne selbst Besitzer von Nachlaßsachen zu sein, deren Besitznahme seitens des scriptus heres sich widersetzte. Seufferts Archiv II N. 75 unter 2. (OAG. zu München 1847) XXX Nr. 278 (OAG. zu Berlin 1871).

6) Bon. poss. a. a. O. S. 481 f.

7) In diesem Commentar a. a. O. Thl. 2 Ziffer 69 a. E. S. 436 f. unter 2. — Unnöthige Weitläufigkeit, für das remedium ex lege ult. den Gerichtsstand der belegnen Sachen zu begründen, hat sich das Ober-Appellations-Gericht zu Berlin i. J. 1871 gemacht. Seufferts Arch. XXX Nr. 278. Statt sich dafür einfach auf l. un. Cod. ubi de hered. 3, 20 zu stützen, leitet jenes Gericht die fragliche Zuständigkeit ganz irrig her aus dem Wesen

Frage für bedenklicher gehalten zu haben, hat sie indessen, da sie einer weiterreichenden Untersuchung bedürfe, beiseite legen zu müssen geglaubt.

Erfreulicherweise überhebt jetzt die Reichs-Civilproceßordnung die Wissenschaft der heikeln Aufgabe, an einer selbständigen Entscheidung ihre Macht zu erproben. Nach §. 25 jenes Gesetzes nämlich ist das Gericht der belegenen Sache in Besitzklagen nur noch dann, und zwar ausschließlich, zuständig, wenn es sich um unbewegliche Sachen handelt. Damit ist nothwendig seine Unzuständigkeit für das remedium ex lege ult. Cod. wie für das Quorum bonorum ausgesprochen: der Inbegriff der res, quae testatoris mortis tempore fuerunt, der bona i. d. S. bildet keine unbewegliche Sache; und anderseits versteht es sich von selbst, daß die Behandlung der körperlichen Nachlaßsachen als solcher nicht vor verschiedene Gerichte gehören kann, je nachdem sie beweglich oder unbeweglich sind.

Dagegen gewährt CPO. §. 28 für Klagen, welche Erbrechte zum Gegenstande haben, den Gerichtsstand vor dem Gerichte, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat, m. a. W. vor dem Verlassenschaftsgerichte, und zwar in Auswahl mit dem sonst etwa gegebenen Gerichtsstande. Diese Vorschrift trifft wie das Quorum bonorum, so auch das remedium ex lege ult. Ist für letzteres der bis dahin ausschließliche Gerichtsstand der belegenen Sachen überhaupt beseitigt, so versteht es sich nach CPO. §. 12 von selbst, daß es, wie das Quorum bonorum, electiv vor dem Verlassenschaftsgerichte und im allgemeinen Gerichtsstande des Beklagten anhängig gemacht werden kann.

Damit ist nun aber das remedium nicht nur hin-

des remedium als eines interdictum adipiscendae possessionis zwecks provisorischer Besitzregulirung.

sichtlich des Gerichtsstandes, sondern auch hinsichtlich der Veranlassung dem Quorum bonorum völlig gleichgestellt worden: als bloße Einweisung in den Besitz körperlicher Nachlaßstücke, die noch kein Dritter in Besitz genommen hat, kann es jetzt überhaupt nicht mehr vorkommen. Denn in dieser Anwendung ließe es sich nur vor demjenigen Gerichte gebrauchen, welches den erforderlichen sachlichen Gerichtszwang hat, d. h. in foro rerum sitarum. Mit seiner Zulassung in solcher Weise jedoch würde in der That die ursprüngliche missio in zwei ungleichartige und selbständige Rechtsbehelfe zerspalten sein. Während aber derjenige dieser Behelfe, welcher zur streitigen Gerichtsbarkeit gehört, seine volle Lebensfähigkeit nicht erst zu erweisen braucht,[7a]) verhält es sich gerade entgegengesetzt mit dem andern, welcher der freiwilligen Gerichtsbarkeit anheimfallen würde. Soweit nicht particularrechtlich eine gerichtliche Nachlaßregulirung auch da vorgeschrieben ist, wo ein Streit um dieselbe nicht besteht, muß sie nunmehr auf Streitfälle beschränkt bleiben.[8]) Giebt es danach gemeinrechtlich keinen

7a) S. Seufferts Arch. Bd. XLI (N. F. Bd. XI) Nr. 197 (Beschluß des obersten LG. für Bayern v. J. 1886); Bd. XLIV (N. F. Bd. XIV) Nr. 114 (Urth. desselben Gerichtes v. J. 1888).

8) M. W. hat kein höherer Gerichtshof seit dem Inkrafttreten der CPO. das remedium außerprocessualisch für anwendbar erklärt. Ganz unbegründet indessen ist es m. E., wenn Hellmann, über Missio in possessionem u. s. w. (in Festgabe für Planck von der Juristen-Facultät zu München) S. 268 vbd. mit S. 267 dafür nach §. 16 Nr. 4 des Einführungs-Ges. zur CPO. einstweilige Verfügung eintreten lassen will. Hellmann scheint übersehen zu haben, daß die missio ex lege ult. in den wichtigsten Anwendungsfällen eine wahre Klage geworden ist, das Bedürfniß zu einstweiligen Verfügungen aber nur innerhalb dieser Fälle vorkommen könnte.

außerprocessualischen Einsatz mehr, so kann von einem Einsatze auch da nicht mehr die Rede sein, wo ein Nichtbesitzer die Erlangung des Besitzes der Nachlaßstücke zu verhindern sucht: dies würde hinauslaufen auf eine Klage Ne vis fiat ei, qui missus est, m. a. W. voraussetzen, daß der Einsatz, also außerprocessualisch, bereits erfolgt sei.

Ist hiernach gemäß der CPO. der Einsatz auch ex lege ult. stets ein gerichtliches Verfahren wider einen bestimmten Gegner, nämlich denjenigen, der Nachlaßstücke pro herede oder pro possessore, d. h. auf Grund eigenmächtiger Occupation, besitzt, so ist damit das legislatorische Bedenken verschwunden, ihn hier, gleich dem Quorum bonorum, auf solche Sachen zu erstrecken, deren Besitz der Gegner dem Erblasser bei dessen Lebzeiten mit bewußter Rechtswidrigkeit entzogen hat.[9]) Auch dieser ist ja possessor pro possessore, und es dürfte deshalb schwerlich zu kühn sein, jene Erstreckung in der That vorzunehmen und auf die Weise einen weitern Unterschied zwischen beiden Stücken des Einsatzes fallen zu lassen.

Es sind also beide Rechtsbehelfe einander sehr ähnlich geworden. Doch ist, abgesehen von ihrer verschiedenen Begründung, ein wichtiger Unterschied zwischen ihnen übrig geblieben. Während das Quorum bonorum gegenüber der Geltendmachung eines endgültigen Erbrechtes versagt, wird umgekehrt gegenüber dem remedium ex lege ult. Cod. die Berufung auf ein solches Recht gar nicht zugelassen. Kann demnach das Quorum bonorum schlechterdings nicht zu einer vorläufigen Besitzregulirung des Nachlasses für den etwa folgenden Erbschaftsproceß dienen, so vereinigt das remedium ex lege ult. diese Function[10]) mit der aus-

9). S. oben §. 1843 Ziffer 10 S. 110.
10) S. oben §. 1842 Ziffer 9 S. 90.

schließlichen Function des Quorum bonorum,[11]) nämlich mit der Function des allgemeinen erbrechtlichen remedium adipiscendae possessionis.

Zu erwähnen bleibt schließlich, daß nach Anerkennung des s. g. Erbeinsetzungsvertrages das remedium auch aus einem solchen unbedenklich ertheilt wird,[12]) selbstverständlich jedoch nur auf Vorlegung der zwecks seiner Errichtung aufgenommenen Urkunde.[12a])

Ebenso unbedenklich dürfte es sein, die missio zu ertheilen auf Grund der über ein mündliches Testament in beweistüchtiger Form aufgenommenen Urkunde (testamentum nuncupativum in scripturam redactum i. d. S.).[12b])

13. Wir haben bereits in Thl. 2 §. 1840 Ziffer 128 dieser Serie des Commentars gesehen, daß die Glosse für das Quorum bonorum ein summatim cognoscere im Sinne der s. g. prima-facie-cognitio lehrte,[13]) sowie, daß neben dieser Lehre seit dem 13. Jahrhundert für unser Interdict die s. g. Bescheinigungstheorie aufkam.[14]) Während jene Lehre vollen Beweis des Klaggrundes verlangt, dagegen nur solche Vertheidigungsgründe zuläßt, welche in continenti erwiesen werden können, begnügt sich diese Theorie mit bloßer Wahrscheinlichkeit des Klaggrundes. Für das remedium ex lege ult. Cod. scheint seit der Glosse[15]) unbestritten die prima-facie-cognitio

11) S. oben §. 1843 Ziffer 11 S. 120.

12) Seufferts Archiv XXII Nr. 56. XXIX Nr. 45.

12a) Vgl. Stryk usus modernus pandectarum lib. XLIII tit. II §. II.

12b) Seufferts Archiv Bd. II Nr. 75 unter 1. Stryk l. c. S. oben §. 1843 Ziffer 11 S. 116 N. 28d.

13) A. a. O. S. 492 ff.

14) Das. S. 495 f.

15) Gl. ad l. 2 Cod. de ed. D. Hadr. toll. 6, 33 ad v. *quamvis*: quinque [nämlich Gründe der Anfechtung des

angenommen worden zu sein.[15a]) In der That lassen sich die Worte der maßgebenden l. 3 Cod. de ed. D. Hadr. toll. 6, 33:

si quis — competenti iudici testamentum ostenderit non cancellatum neque abolitum neque ex quacumque suae formae parte vitiatum, sed quod prima figura sine omni vituperatione appareat et depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit etc.

füglich nur mit der Theorie der prima-facie-cognitio in Einklang bringen, nicht mit der Bescheinigungstheorie.[16])

Testamentes] dicit, ad quorum quodlibet refertur ultimus versus: *tamen scriptus heres in possessionem mitti solet.* Sed circa omnes articulos quaero: quid de filio in possessione constituto: an debet institutus mitti, et ille exire? Videtur quod sic, ut hic et D. quod legat. (43, 3) l. 1 §. *redigit igitur* (2). Econtra quod non, quia dolo facit [qui petit, quod redditurus est], ut D. de dol. exc. 44, 4 l. *dolo* (8 pr.). Dic ergo distinguendum: aut causa, quam filius obiicit, exigit altiorem inquisitionem, et tunc scriptus mittitur: aut statim vult probare eam filius, et tunc non [sc. mittitur scriptus], ut D. ad exhib. (10, 4) l. 3 §. *ibidem* (13) et ad Trebell. (36, 1) l. *ille a quo* (13) §. *si de testamento* (2) et D. ut in poss. legat. (36, 4) l. *si is a quo* (3) in pr. et de Carb. ed. (37, 10) l. 3 §. *causae* (4). Supple ergo, mitti solet etc., nisi in continenti probet filius causam aliquam de his. etc.

15a) Vgl. z. B. Puchta Pandekten §. 520 unter 1, während in §. 519 für das Quorum bonorum die Bescheinigungstheorie gelehrt wird.

16) Briegleb Einleitung in die Theorie der summarischen Processe §. 49. Nicht klar ist mir die Auffassung Leists in diesem Commentar Serie der Bücher 37 u. 38 Thl. 2 S. 427, wo es vom Beweise des Klägers beim Quorum bonorum heißt: „Man wird aber doch wohl schwerlich irre gehen mit der Annahme, daß man hier auch für die

Beide Theorieen fassen den Unterschied zwischen dem gerichtlichen Einsatze des Erben und der hereditatis petitio seinem Wesen nach als processualische auf. Freilich beruht dieser Unterschied auf materiellem Rechte: es ist selbstverständlich, daß die Befugniß, einen Anspruch in einem von dem regelmäßigen abweichenden Verfahren klagweis vor Gericht geltend zu machen, an und für sich eine materielle ist, nicht etwa eine blos formell-processualische.[17]) Allein anderseits dürfte es ebenso selbstverständlich sein, daß sogar eine mit den bestimmtesten Gesetzesworten verliehene Befugniß derart völlig wesenlos bleiben muß, sobald die in Kraft stehende Proceßordnung jenes abweichende Verfahren entweder überhaupt nicht kennt, oder doch nicht für Verhältnisse des fraglichen Inhalts. Die Möglichkeit, eine oder die andre jener beiden Theorieen als praktisches Recht gelten zu lassen, hängt mithin davon ab, ob das in ihnen vorgezeichnete Proceßverfahren nach der CPO. statthaft ist.[17a])

Was nun zunächst die Bescheinigungstheorie anlangt, so kennt zwar die CPO. ein Verfahren auf bloßes Glaubhaftmachen nur für Arrest[18]) und für einstweilige Verfügungen,[19]) und nach dem Gesetze selbst liegen die Voraus-

Intestatsuccession, analog den Erfordernissen der missio Hadriana, eine unter richterlichem Ermessen stehende äußerliche Bescheinigung oder Wahrscheinlichkeit des Erbrechts gefordert haben wird."

17) Vgl. Briegleb a. a. O. Cap. 7.

17a) Dies übersehen Dernburg Pandekten Bd. 3 §. 159 N. 1 2. Aufl. S. 316 f. und das Urtheil des obersten Landgerichtes für Bayern v. 5. Nov. 1888 in Seufferts Archiv Bd. XLIV (N. F. Bd. XIV) Nr. 114 S. 182, wenn sie in der prima-facie-cognitio eine ausschließlich materiell-rechtliche Einrichtung erblicken.

18) CPO. §. 800 Abs. 2. §. 801.

19) CPO. §. 815. §. 816 Abs. 2.

setzungen für diese Verfahrensarten im Falle des gerichtlichen Einsatzes als solchem nicht vor. Wohl dagegen bleiben nach dem Einführungsgesetze zur CPO. §. 16 unter 4 unberührt „die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen in bestimmten Fällen einstweilige Verfügungen erlassen werden können.“ Es spitzt sich also unsere Frage dahin zu, ob der gerichtliche Einsatz zu diesen Fällen gehöre.

Soweit der Einsatz im Quorum bonorum besteht, ist die Frage entschieden zu verneinen. Wie wir gesehen haben, ist das Quorum bonorum von vornherein ausgeschlossen, sobald der Gegner endgültiges Erbrecht geltend macht.[20]) Es kann deshalb gar nicht dazu dienen, den Nachlaßbesitz als solchen für einen etwa nachfolgenden Rechtsstreit um das endgültige Erbrecht provisorisch zu regeln. Nur diese Function aber würde an und für sich eine einstweilige Verfügung rechtfertigen können; die Function dagegen, welche dem Quorum bonorum ausschließlich zukommt, nämlich dem Erben den vom Erblasser bei dessen Tode innegehabten Besitz körperlicher Nachlaßstücke aus den Händen eines jeden eigenmächtigen Occupanten zu verschaffen, giebt zu einer derartigen Verfügung ebenso wenig selbstverständlichen Anlaß, wie es der Besitzproceß überhaupt thut.

Aber auch soweit der Einsatz das remedium ex lege ult. Cod. umfaßt, gewährt er als solches einer einstweiligen Verfügung keinen Boden. Ohne weiteres versteht sich das nach dem soeben Gesagten für die possessorische Function des remedium, welche dasselbe mit dem Quorum bonorum gemeinsam hat. Denkbar freilich wäre sie für die dem remedium eigenthümliche Function, den Erbschaftsbesitz zwischen zwei Erbprätendenten zugunsten des scriptus heres zu regeln. Allein hier schließt der unzweideutige Wortlaut

20) S. oben Ziffer 12 S. 127.

der l. 3 Cod. cit. in Uebereinstimmung mit der völlig gleichmäßigen Praxis ein Verfahren auf bloße Bescheinigung als selbstverständliches aus. [21])

Eine prima-facie-cognitio kennt die CPO. nur für den Urkunden- und den Wechselproceß, und zwar hier derart, daß als Beweismittel beiderseits nur Urkunden und Eideszuschiebung zulässig sind, [22]) nicht aber für irgend welche andere Rechtsstreitigkeiten. Auch macht das Einführungsgesetz in dieser Hinsicht keinerlei Vorbehalt für etwa abweichendes Landesrecht, vielmehr hat dasselbe in §. 14 unter 2 „die Vorschriften, welche in Ansehung gewisser Rechtsverhältnisse einzelne Arten von Beweismitteln ausschließen oder nur unter Beschränkungen zulassen," ausdrücklich außer Kraft gesetzt. Es kann jedoch kaum einem begründeten Zweifel unterliegen, daß zu den damit beseitigten Beschränkungen insbesondere auch die Beschränkung des Beweises durch Augenschein, Zeugen und Sachverständige auf sofortige Liquidität gehört.

Damit also ist der Unterschied zwischen Einsatz und hereditatis petitio verschwunden, welchen man in dem summarischen Verfahren des erstern im Gegensatze zu dem ordentlichen Verfahren der letztern gefunden zu haben glaubte, gleichviel, ob man die Summarietät jenes Verfahrens in der Zulässigkeit einer bloßen Bescheinigung erblickte, oder in der Ausschließung illiquider Vertheidigungsmittel. Es hat demnach keinen praktischen Zweck, zu untersuchen, ob die eine oder die andere Theorie durch gemeinrechtliche Gewohn-

21) Natürlich ist damit nicht auch ausgeschlossen, daß im Einzelfalle, nämlich wenn die Voraussetzungen von CPO. §. 814 vorliegen, beim Einsatze eine einstweilige Verfügung statthaft sei. Mehr will wohl auch nicht sagen Weismann, Hauptintervention und Streitgenossenschaft S. 61 N. 21 a. E.

22) CPO. §§. 555. 558 Abs. 2 ff. 560. 561. 565.

heit oder durch Landesrecht bis zur CPO. die bindende Kraft besessen habe, welche der wissenschaftlichen Begründung beider aus dem römischen Rechte vollständig mangelt.[23])

Keineswegs jedoch folgt aus der Unzulässigkeit irgend eines summarischen Verfahrens für den Einsatz, daß derselbe durch die CPO. beseitigt sei.[24]) Dies wäre nur dann die nothwendige Folge, wenn bis zur CPO. der einzige Unterschied des Einsatzes von der hereditatis petitio eben in einem summarischen Verfahren bestanden hätte. Dem ist indessen nicht so gewesen.

Unsere früheren Ausführungen haben gezeigt, wie die missio Hadrianea von jeher, das Quorum bonorum aber nach l. un. Cod. Theod. quor. bon. 4, 21 v. J. 395 n. Chr. nicht blos gegen denjenigen Besitzer von Nachlaßsachen ging, der solche als possessor pro herede oder pro possessore im Sinne der hereditatis petitio besitzt, vielmehr auch gegen jeden, der auf Grund eines wirklichen oder vermeintlichen Singulartitels solche Sachen eigenmächtig occupirt hat; daß m. a. W. ein solcher Besitzer durch Berufung auf seinen Singulartitel die Einlassung auf jene Rechtsbehelfe nicht abzulehnen vermochte, wie er die Einlassung auf die hereditatis petitio damit ablehnte. Im

23) Die Bescheinigungstheorie wird in besondrer Beziehung auf das Quorum bonorum widerlegt durch l. 1 Cod. quor. bon. 8, 2 (s. Thl. 2 dieser Serie §. 1838e Ziffer 102 S. 236 ff.); die prima-facie-cognitio ist dem römischen Rechte ganz fremd. Wenn Briegleb a. a. O. S. 207 f. ihre Spur in dem „mitti solet" der l. 2 Cod. de ed. D. Hadr. toll. 6, 33 zu finden meint, so übersieht er, daß die Quellen mit solere sehr häufig etwas bezeichnen, was gemäß einer Rechtsvorschrift geschieht, die Ausnahmen nicht zuläßt. S. Thl. 2 dieser Serie §. 1838d Ziffer 100 S. 222 N. 29.

24) Wie annimmt Weismann a. a. O. S. 60 f. N. 21.

Zusammenhange mit der Lehre von der s. g. summarischen Natur der Interdicte überhaupt und des Quorum bonorum insbesondere[25]) hat nun seit der Glosse die Doctrin die beschriebene Ausdehnung der Passivlegitimation für das remedium ex lege ult. Cod. wie für das Quorum bonorum über die Grenzen der Passivlegitimation für die hereditatis petitio hinaus unter dem völlig verschobenen Gesichtspuncte betrachtet, als wäre damit dem Beklagten die an sich ihm zuständige exceptio dominii abgeschnitten. Mag indessen diese grundfalsche Auffassung Jahrhunderte hindurch die ausnahmslos angenommene gewesen sein: der wieder ins Bewußtsein tretenden richtigen Anschauung ist damit die rechtliche Geltung für den Einsatz gerade so wenig entzogen worden, wie dies für die hereditatis petitio geschehen ist; jener alte Irrthum hat weder bei dem einen noch bei dem andern Rechtsbehelfe die Berufung auf einen Singulartitel aus einem bloßen Bestreiten der Passivlegitimation zu einer Einrede, also zu einer Vertheidigung wider eine zur Einlassung geeignete Klage, machen können. Folgeweis hat es auch an dem wirklichen Bestande der Rechtsordnung nichts zu ändern vermocht, daß man aus vermeintlicher Billigkeit gemäß der Regel: dolo facit, qui petit quod redditurus est, beim Einsatze jene s. g. exceptio dann zuließ, wenn sie in continenti bewiesen wurde.[26]) Denn darauf läuft in der That der praktische Unterschied der

25) Für letztere wähnte man in l. un. Cod. Theod. quor. bon. 4, 21 cit. (= l. 3 Cod. J. eod. 8, 2) und in l. 22 Cod. Theod. de app. 11, 36 gesetzliche Stützen zu finden.

26) Vgl. Glossa *quamvis* ad l. 2 Cod. de ed. D. Hadr. toll. 6, 33 (s. oben N. 15) und Glossa *non exclusa* ad l. 3 Cod. quor. bon. 8, 2 (s. Thl. 2 dieser Serie S. 493). Beschluß des obersten Landgerichts für Bayern v. 13. März 1886 in Seufferts Arch. Bd. XLI (N. F. XI) Nr. 197 S. 300 f.

vermeintlichen Summarietät des Einsatzes [27]) von der hier gelehrten Natur desselben hinsichtlich der Vertheidigung hinaus, daß gemäß der letztern die Berufung auf einen Singulartitel und, soweit ein scriptus heres klagt, auch diejenige auf den titulus pro herede niemals zugelassen wird, während sie gemäß der Summarietät des Einsatzes zwar grundsätzlich ebenfalls ausgeschlossen ist, ausnahmsweis jedoch dann zugelassen wird, wenn jener Besitztitel des Beklagten in continenti bewiesen werden kann. Ist diese vermeintliche Ausnahme nunmehr schlechthin unstatthaft, so bleibt es eben nothwendig und ausnahmslos bei dem Grundsatze.

In Uebereinstimmung hiermit hat auch das Reichsgericht wenigstens in thesi die fortdauernde Geltung des Quorum bonorum anerkannt. [28])

Die große praktische Bedeutung des Einsatzes bedarf nach unseren Ausführungen keiner Darlegung mehr: er ist im ganzen die Klage des Erben, welche sich lediglich darauf gründet, daß der Erblasser bei seinem Tode den Besitz der beanspruchten Sachen gehabt hat, während die hereditatis petitio zugleich beim Beklagten voraussetzt, daß derselbe entweder als vermeintlicher Universalsuccessor des Erblassers oder bewußtermaßen ohne allen Rechtsgrund besitzt. [28a]) Soweit der Einsatz im remedium ex lege ult. Cod. besteht, geht er darüber noch hinaus, insofern es nicht einmal gestattet ist, den durch schriftliche Bekundung einer äußerlich fehlerfreien Erbeinsetzung begründeten Anspruch

27) Auch nach der Bescheinigungstheorie.

28) Urth. v. 11. Oct. 1882 (Entscheidungen des Reichsger. in Civilsachen Bd. 10 Nr. 44 S. 163 = Seufferts Arch. Bd. XXXVIII N. F. Bd. VIII Nr. 141 S. 184).

28a) S. auch Archiv für die Civilistische Praxis Bd. 70 S. 42—50.

auf den Besitz der körperlichen Nachlaßsachen mittels Geltendmachung des eignen Erbrechtes zu bestreiten. Es handelt sich also beim Einsatze nicht sowohl um Verminderung desjenigen Proceßstoffes, welcher in die hereditatis petitio gehört,[29]) — als vielmehr um einen Proceßstoff, welcher von demjenigen der hereditatis petitio wesentlich verschieden ist.

Es ist deshalb m. E. sehr zu beklagen, daß der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich diesen so wichtigen Rechtsbehelf fallen läßt, gleichwohl aber in §. 2088 den „Erbschaftsanspruch," d. h. die hereditatis petitio, nur gegen denjenigen Besitzer von Erbschaftsgegenständen gewährt, welcher dieselben dem Erben auf Grund eines von ihm in Anspruch genommenen Erbrechtes vorenthält, also gegen den Besitzer, qui se dicit heredem, mag dies in gutem oder in bösem Glauben geschehen. Dem Besitzschutze wird damit ein erhebliches Stück seiner Anwendung entzogen: gegenüber jedem Occupanten von Nachlaßsachen, welcher nicht selbst Erbrecht beansprucht, wird nach dem Entwurfe der Erbe nur mit der petitorischen Einzelklage auftreten können. Völlig unverständlich ist es mir daher, wie die Motive[30]) von dem interdictum Quorum bonorum und dem remedium ex lege ult. sagen mögen, dieselben seien „theils entbehrlich, theils mit Rücksicht auf die CPO., weil von einem vorläufigen Rechtsmittel ein Vortheil nicht zu erwarten ist, ohne Werth."

Auf dem Boden des bisher geltenden Rechtes bleibt noch übrig die Frage, ob die Verbindung des Einsatzes mit der hereditatis petitio zulässig sei.

Zunächst kann es zweifelhaft erscheinen, ob nicht CPO. §. 232 Abs. 2:

29) Vgl. Dernburg Pandekten Bd. 3 §. 159 N. 1 a. E.
30) Motive Bd. 5 zu §. 2088 unter V b S. 597.

„Die Besitzklage und die Klage, durch welche das Recht selbst geltend gemacht wird, können nicht in Einer Klage verbunden werden"

diese Verbindung untersage. In der That ist Mandry [31]) geneigt, für das Quorum bonorum dies anzunehmen, und zwar deshalb, weil dasselbe nach seiner Gestaltung durch die Deutsche Praxis den Besitzklagen näher stehe, als den Rechtsklagen. M. E. unterliegt es freilich nicht dem geringsten Zweifel, daß das Quorum bonorum, und nicht minder natürlich das remedium ex lege ult., m. a. W. der Einsatz im ganzen, eine wahre Besitzklage ist, d. h. eine solche, welche ihren Rechtsgrund in der nackten Thatsache des Besitzes, nämlich des Erblassers, hat; nichtsdestoweniger halte ich CPO. §. 232 Abs. 2 auf das Verhältniß des Einsatzes zur hereditatis petitio nicht für anwendbar. Denn, irre ich nicht, so betrifft diese Vorschrift lediglich die Klage aus dem Besitze eines Rechtes (Eigenthumsbesitz, iuris quasi-possessio) gegenüber der Klage aus eben diesem Rechte selbst (Eigenthum, Servitut u. s. w.). Der Einsatz jedoch ist keine Klage aus dem Besitze des Erbrechtes, vielmehr eine Klage aus dem Besitze des Erblassers auf den Besitz der von diesem besessenen körperlichen Nachlaßstücke: es sind also in der That ganz verschiedene Verhältnisse, welche im Einsatze possessorisch, in der hereditatis petitio petitorisch behandelt werden.

Da jedoch gemäß unseren früheren Ausführungen das Quorum bonorum unstatthaft ist, sobald der Gegner endgültiges Erbrecht geltend macht, so erscheint seine Verbindung mit der hereditatis petitio nur in dem Sinne denkbar, daß es ohne weiteres hinfällig wird, wenn jener Fall eintritt. Andernfalls können m. E. Interdict und heredi-

31) Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze 3. Aufl. §. 31 S. 325 unter 2.

tatis petitio friedlich neben einander Platz finden. Soweit freilich der Gegner im Glauben an sein eignes Erbrecht, also pro herede besitzt, wird dieser Fall kaum eintreten: da das Interdict durch sein Verfahren heute für ihn keinerlei Vortheil vor der hereditatis petitio gewährt, so wird er es schwerlich unterlassen, von vorherein sein vermeintliches Erbrecht geltend zu machen und damit das Interdict abzulehnen. Und auch derjenige Gegner, welcher Nachlaßsachen mit dem Bewußtsein occupirt hat, kein Erbrecht zu haben, wird sich regelmäßig dem Interdicte mittels der Behauptung entziehen, er selbst sei der Erbe. Immerhin jedoch bleibt es denkbar, daß er sich im ganzen damit begnügt, das Erbrecht des Klägers zu leugnen, daneben aber für einzelne Sachen einen Singulartitel vorschützt, der vielleicht begründet, oder dessen Nichtigkeit ihm doch nicht nachweisbar bekannt ist. In diesem Falle kann es für den Kläger zweckmäßig sein, das Quorum bonorum und die hereditatis petitio neben einander zu verfolgen. Beide decken sich nämlich nur hinsichtlich der Rückgabe körperlicher Nachlaßsachen, welche bewußtermaßen ohne Rechtsgrund occupirt sind, sowie hinsichtlich des Ersatzes für dolo malo abhanden gekommene dieser Sachen. Dagegen geht ausschließlich das Quorum bonorum auf die vom Gegner titulo singulari occupirten Nachlaßsachen; und umgekehrt bezieht sich nur die hereditatis petitio auf sonstige Nachlaßstücke und personales praestationes.

Wesentlich anders ist das Verhältniß, soweit der Einsatz im remedium ex lege ult. besteht. Diesem gegenüber ist die Geltendmachung des endgültigen Erbrechtes ganz ausgeschlossen, seine Verbindung mit der hereditatis petitio also in jedem Falle möglich. Und zwar kann diese Verbindung eventuell geschehen, d. h. für den Fall, daß das remedium zurückgewiesen wird, weil die Testamentsurkunde vor dem Tode des Erblassers oder doch vor der Klag-

erhebung verloren gegangen, durchstrichen oder sonst zerstört worden ist, [32]) sofern dadurch die Gültigkeit des Testamentes nicht ausgeschlossen wird. Es kann die Verbindung hier aber auch eine actuelle sein, wie beim Quorum bonorum. Und zwar ist dies hier auch gegenüber demjenigen statthaft, der dem Thatverhalte entsprechend von vornherein als possessor pro herede auftritt.

Schließlich sei noch bemerkt, daß demjenigen, welcher kraft des Einsatzes in den Besitz von Nachlaßsachen gelangt ist, zwar keineswegs auf Grund dieses Verfahrens Erbschaftsforderungen zustehen, daß ihm jedoch im Nothfalle, z. B. wenn der Schuldner auswandern will, die Klage zu verjähren droht, das zuständige Gericht die Klage gestatten wird, und deshalb deren wissentliche Versäumnung ihn dem wahren Erben verantwortlich macht. [33])

32) Vgl. oben §. 1843 Ziffer 11 S. 115.

33) L. 25 §. 2 D. de H. P. 5, 3 v.: si exigere potuit und dazu Francke Commentar S. 279 f. Vgl. auch l. 1 §. 21 D. de ventre in poss. 37, 9.

Lib. XLIII. Tit. III.

Quod legatorum.[1]

Vat. fragm. §. 90. *Cod.* lib. VIII. tit. 3. quod legatorum. *Basil.* lib. XLIV. tit. 24.

§. 1845.

Das interdictum Quod legatorum bis zur Einführung der missio Hadrianea.

1. Das interdictum Quod legatorum, ein interdictum restitutorium und adipiscendae possessionis, war ursprünglich ein dem bonorum possessor eigenthümlicher Rechtsbehelf.[2] Das Quorum bonorum des classischen

1) Heimbach in Weiskes Rechtslexikon Bd. 5 S. 604—607 (1844). v. Keller Grundriß zu Vorlesungen über Institutionen und Antiquitäten des Römischen Rechtes §. 334 S. 341 ff. Lenel das edictum perpetuum §. 228 S. 362 f.

2) Vat. fragm. 90: lib. I de interdictis, sub titulo „In eum, qui legatorum nomine, non voluntate eius, cui bonorum possessio data erit, possidebit.“ L. 2 §. 1 D. h. t. (Paul. lib. 63. ad ed.): — si per bonorum possessorem non stat, ut satisdetur. Lenel in Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 3 roman. Abth. S. 182 f. Ders. ed. perp. S. 362. S. oben §. 1841 Ziffer 4 S. 33. Vgl. auch l. un. §. 1 Cod. h. t. v.: et bonorum possessionem accepisse (unten S. 144). S. auch unten Ziffer 3 zu N. 30.

Rechtes konnte ihm den von einem wirklichen oder vermeintlichen Legatar eigenmächtig ergriffenen Besitz bis dahin besitzloser Nachlaßsachen nicht zurückverschaffen: es ging nur gegen den possessor pro herede, d. h. den wirklichen oder vermeintlichen Universalsuccessor des Erblassers, und gegen den possessor pro possessore, d. h. gegen denjenigen, der Nachlaßsachen wissentlich ohne jeglichen Rechtsgrund in Besitz genommen hatte; der wirkliche oder vermeintliche Legatar jedoch besitzt eben pro legato, also titulo singulari. [3]) Ohne einen besondern Rechtsbehelf würde mithin der bonorum possessor ebenso wie der heres den Gegenstand eines wirksamen Legates aus den Händen des occupirenden Legatars überhaupt nicht haben zurückfordern können, — nämlich eine mit dinglicher Wirkung legirte Sache ipso iure nicht, eine mit blos obligatorischer Wirkung legirte nicht wegen der exceptio doli gemäß dem Satze: dolo facit, qui petit, quod redditurus est. [4]) Zur Wiedererlangung aber einer unwirksamen legirten Sache [5]) würde dem bonorum possessor wie dem heres nur die petitorische Singularklage zugebote gestanden haben.

Und doch kann dem Universalsuccessor des Erblassers viel daran liegen, den Besitz einer vermachten Nachlaßsache zu erhalten, welchen der Legatar sich angeeignet hat, bevor jener selbst ihn ergriffen hatte.

Ist die Gültigkeit des Legates bestritten, so giebt

3) S. oben a. a. O. S. 33 f.

4) Diesen Satz übersieht Wendt, das Faustrecht in v. Iherings Jahrb. Bd. 21 S. 269, wenn er bei einem blos obligatorischen Legate dem Erben die rei vindicatio mit Erfolg beilegt.

5) Ebenso zur Wiedererlangung einer zwar gültig, aber mit blos obligatorischer Wirkung legirten Sache, bevor jener Satz: dolo facit etc. zur Anerkennung gelangt war.

der Besitz der legirten Sache dem Gesammtrechtsnachfolger des Erblassers die vortheilhafte Parteirolle des Beklagten.

Aber auch bei unbestrittener Gültigkeit des Legates ist es für ihn oft wichtig, die legirte Sache in die Hände zu bekommen. Vielleicht ist es ungewiß, ob gerade das vom Legatar occupirte Stück das ihm zukommende sei. [5a]) Oder es ist eine Abschätzung des Nachlasses erforderlich, sei es um zu ermitteln, ob und eventuell in welchem Umfange derselbe zur Leistung der Vermächtnisse überhaupt ausreiche; sei es zwecks Berechnung der vicesima hereditatis und der quarta Falcidia. Tritt endlich der letztern wegen eine Kürzung der einzelnen Legate ein, so erleichtert der Besitz der vermachten Sache deren Durchführung: gegenüber dem besitzenden Legatar würde der belastete Universalsuccessor auf die vindicatio partis verwiesen sein. [6])

Ungeachtet dieser Vortheile hat das alte römische Recht dem heres kein besonderes Mittel gewährt, dem Legatar den eigenmächtig ergriffenen Besitz der legirten Sache zu entreißen. Ohne Zweifel sollte die Besorgniß vor eben jener Occupation den heres veranlassen, sich selbst ohne Säumen in den Besitz der legirten Nachlaßsachen zu setzen, — ganz ähnlich, wie ihn die Furcht vor der usucapio pro

5a) Es ist z. B. eine von mehreren Sachen einer gewissen Art aus dem Nachlasse vermacht, ohne daß dem Legatar das Wahlrecht gegeben wäre; er darf alsdann nicht die beste wählen — l. 37 pr. D. de legat. I —, und nun behauptet der bonorum possessor, daß er sich gerade diese genommen habe.

6) L. 26 pr. D. ad leg. Falcid. 35, 2 (Scaevola lib. 5. respons.): — posse vindicare partem in ea linea (sc. margaritarum), quae propter legis Falcidiae rationem deberet remanere. Ueber den Anfang der Stelle s. unten Ziffer 6 vor N. 91.

herede zu raschem Erbantritte und schleuniger Besitznahme des Nachlasses überhaupt zu treiben bezweckte.

Von der entgegengesetzten Erwägung aus hat der Prätor die Stellung des bonorum possessor gestaltet. War durch das successorium edictum dafür gesorgt worden, daß ein Nachlaß nicht lange ohne berechtigtes Subject liegen bleibe, und den Gläubigern nicht unnöthiger Verzug erwachse, [7]) so erschien es geboten, den zur bonorum possessio Berufenen gegen jene Gefahren der usucapio pro herede und der Occupation legirter Sachen seitens der Legatare zu sichern, um ihm dadurch die agnitio bonorum possessionis thunlichst angenehm zu machen. Wie zum Schutze gegen die usucapio pro herede die zweite Clausel des Quorum bonorum diente (quod de his bonis — possideresve, si nihil usucaptum esset), [8]) so lag die Hülfe gegen den eigenmächtig occupirenden Legatar in der Aufstellung unseres Quod legatorum.

L. 1 pr. §§. 1. 2 D. h. t.:

(*Ulp*. lib. 67. ad ed.) Hoc interdictum volgo „Quod legatorum" appellatur. §. 1. Est autem et ipsum [9]) apiscendae possessionis. §. 2. et continet hanc causam, ut, quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis [10]) occupavit, id restituat heredi [10a]) . etenim aequissimum praetori visum est unumquemque non sibi ipsum ius dicere occupatis legatis, sed ab herede [11]) petere: redigit igitur ad heredes [12]) per hoc

7) L. 1 pr. D. de succ. ed. 38, 9.

8) S. oben §. 1841 Ziffer 5 S. 56.

9) D. h. ebenso wie das im Vorhergehenden behandelte Quorum bonorum. S. Glossa ad h. v.: non solum superius.

10) Ursprünglich: bonorum possessoris.

10a) Ursprünglich: bonorum possessori.

11) Ursprünglich: bonorum possessore.

12) Ursprünglich: bonorum possessorem. S. unten N. 14.

interdictum ea, quae legatorum nomine possidentur, ut perinde [13]) legatarii possint eum [14]) convenire. [14a])

Die Bedeutung des Quod legatorum für die Geltendmachung der quarta Falcidia behandelt

l. un. Cod. h. t.:

(Impp. ***Diocletian.*** et ***Max.*** AA. et CC. Latinae.) Heredi scripto satis idonee lege Falcidia, si exhausta legatis successio probetur, per quartae retentionem prospectum est. §. 1. Unde si legatarius vel fideicommissarius non consentiente patre tuo, quem adseveras testatori successisse et bonorum possessionem accepisse, relicta sibi legata vel fideicommissa detinuit, secundum sententiam interdicti, quod adversus

13) *Deinde* Krüger.

14) Wenn die Form „heredes“ nicht etwa ein bloßer Schreibfehler ist, so verräth sie sich als Interpolation schon äußerlich durch dieses stehengebliebene eum, welches auf ein „bonorum possessorem“ zurückweiset, wie es in der That der sonst in unsrer Stelle ausschließlich gebrauchten Singularform „heredis, heredi, ab herede“ allein entspricht.

14[a]) Es muß nach dieser ganz unzweideutigen Stelle als die reinste Willkür gelten, wenn ältere Juristen, unter ihnen auch Cujaz (paratitla in Cod. lib. VIII. tit. 3. observ. X, 28), behauptet haben, das Quod legatorum sei lediglich der quarta Falcidia halber eingeführt worden. Sie begründen diese Ansicht mit dem weitern Irrthum, daß vor Justinian die Quart an Vermächtnissen regelmäßig nur retentionsweis habe geltend gemacht werden können, nicht aber durch Vindication der dem Erben gebührenden Quote der zuwider der lex Falcidia vermachten Sache. Eben deshalb erklärt Cujaz, nachdem Justinian in l. penult. (18) Cod. ad leg. Falcid. 6, 50 dem Erben der Quart wegen auch an Vermächtnissen die Vindication gegeben habe (obs. VIII, 2 i. f.), sei das Interdict überflüssig geworden (paratit. l. c. i. f.).

legatarios scriptis heredibus propositum est, oblata satisdatione, quam praestari oportet, in possessione constitui, ut ita retentione competenti utaris, experiri potes. D. XVI. K. Jan. AA. Conss. (293).

2. Wie auch die soeben mitgetheilte Stelle (l. un. Cod. h. t.) bekundet, ist das Quod legatorum an die ausdrückliche Voraussetzung geknüpft, daß für die demnächstige Leistung des Legates ausreichende (idonea l. 1 §. 17 D. h. t.) satisdatio legatorum nomine bestehe, oder doch deren Nichtbestehen nicht am bonorum possessor liege.

L. 1 cit. §. 16 D. h. t.:

Quod ait praetor „nisi[15]) satisdatum sit," accipere debemus „si perseveret satisdatum," scilicet ut, si non perseveret cautum, mittatur in possessionem legatorum servandorum causa.

L. 2 §. 1 eod.:

(*Paul.* lib. 63. ad ed.) Quod ait praetor „si per bonorum possessorem non stat, ut satisdetur," sic accipimus, si paratus sit satisdare: non ergo offerre debet satisdationem, sed petenti satis moram non facere.

Hat übrigens der Legatar mit bloßer Verbalcaution sich begnügt, so ergeht das Interdict gleichermaßen bindend.

L. 2 cit. §. 3 init.:

Si legatarius repromissione contentus fuit, dandum est interdictum.

Dasselbe ist um so mehr anzunehmen, wenn er sich statt der Bürgschaft ein Pfandrecht hat bestellen lassen.[16])

15) si *scr.* M.

16) Nach der Lesart der Codices Parisinus n. 4455 (X), Regiomontanus n. 10 (O), Colladonianus (C): voluit wird dies am Schlusse der l. 2 §. 3 cit. (vgl. unter den Text) ausgesprochen.

Nach der durch eine Anzahl alter Vulgathandschriften[17]) und namentlich durch den s. g. Tipucitus[18]) bestätigten Lesart der Florentina soll das Gleiche gelten, wenn der Legatar die ihm statt der Bürgschaft angebotene Pfandgebung zurückgewiesen hat.

L. 2 §. 3 cit. i. f.:

idem dicendum est, si legatarius pignoribus noluit sibi caveri.

Nach dieser Lesart bildet also die cautio legatorum eine Ausnahme von der Regel der l. 7 D. de stip. praet. 46, 5,[18a]) wonach prätorische Satisdationen durch Bürgenstellung geleistet werden müssen, wie die cautio de conferendis bonis nach l. 1 §. 9 D. de collat. 37, 6 eine andre Ausnahme bildet.

Einerlei ist es, ob die Caution dem Legatar selbst bestellt ist oder einem Stellvertreter, von welchem jener ihre Cession mittels der mandati actio (oder einer andern Klage, namentlich der tutelae actio) erzwingen kann.

L. 1 cit. §. 17:

Satisdatum sic arbitror, si sic satisdatum sit, ut legatario vel ipso iure adquisita sit idonea cautio vel per mandati actionem adquiri possit,[19]) et tunc interdicto locum fore.

17) Außer den drei in N. 16 genannten, welche demnach beide Lesarten bieten, lesen nach Mommsen so der Parisinus n. 4458 A (Y) und der Bambergensis D I. 7 (M.).

18) Bas. XLIV, 24, 2 §. 3: ἢ μὴ θελήσῃ·

18a) (Ulp. lib. 14. ad ed.): Praetoriae satisdationes personas desiderant pro se intervenientium et neque pignoribus quis neque pecuniae vel auri vel argenti depositione in vicem satisdationis fungitur. Vgl. Seufferts Arch. Bd. 44 N. F. Bd. 14 N. 261 = Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 24 Nr. 28.

19) Gegenüber der hier bekundeten Nothwendigkeit der Cession

Sind mehrere der nämlichen Person legirte Sachen von ihr occupirt worden, während nur für einzelne derselben satisdatio legatorum besteht, so hat das Interdict nur hinsichtlich dieser letzteren Wirkung.

L. 1 cit. §. 18:

Si quarundam rerum nomine satisdatum sit, quarundam non sit satisdatum, earum rerum nomine sine impedimento agi poterit, de quibus satisdatum est, ceterarum non poterit.

Ist dagegen die satisdatio zunächst nur für den einem Collegatar anfänglich bestimmten Theil des Legates bestellt

für die Klage aus der zu den prätorischen Cautionalstipulationen gehörigen cautio legatorum (l. 1 §. 2 D. de stip. praet. 45, 5) läßt sich v. Iherings Meinung nicht wohl aufrecht erhalten, nach welcher aus jeder derartigen Stipulation des Procurators causa cognita dem dominus eine utilis actio gegeben worden wäre. Jahrb. Bd. 12 S. 382 N. 80. Dasselbe ergiebt sich aus l. 8 §. 10 D. mand. 17, 1 und l. 49 §. 2 D. de a. p. 41, 2 (cautio duplae). Sollte jene, nur causa cognita gewährte, utilis actio sich beschränken auf Cautionalstipulationen des Vertreters aus solchen Verhältnissen, die bereits sicher zum Vermögen des Principals gehören? L. 18 §. 16 D. de damn. inf. 39, 2. l. 4 pr. D. rem pup. 46, 6. l. 1 §. 16 D. de mag. conv. 26, 8. — Richtig dagegen erscheint es, daß aus prätorischen Judicialstipulationen des Vertreters dem Principal eine utilis actio ohne weiteres ertheilt wurde. das. S. 380 f. unter 1. 1) vbd. mit S. 382 N. 80. L. 27 §. 1. l. 28 D. de proc. 3, 3. (cautio iudicatum solvi. cf. l. 86 D. de solut. 46, 3. l. 2 pr. D. de adm. tut. 26, 7. l. 6 D. quando ex facto tut. 26, 9: actio iudicati). L. 79 D. de V. O. 45, 1. (Ulp. lib. 71., nicht 70., ad ed. Lenel palingenesia vol. alt. col. 842 zu n. 1: cautio ex operis novi nuntiatione. cf. l. 1 §. 1 D. de stip. praet. 46, 5).

worden, so wirkt das Quod legatorum auch hinsichtlich der jenem später angewachsenen Legatsquote, ohne daß es für diese einer weitern Caution bedürfte. Denn gemäß ihrer allgemeinen Fassung [20]) erstreckte die hinsichtlich des ursprünglichen Legatentheils geleistete Caution sich von selbst auf den anwachsenden, und somit auch die Haftung der Bürgen.

L. 2 cit. pr.

Diversum est, si postea pars legato adcreverit: nam hoc nomine tenentur fideiussores in totum.

Wie wir früher [21]) gesehen haben, hat die auf die satisdatio legatorum nomine bezügliche Clausel unseres Interdictes keineswegs die Bedeutung einer exceptio; sie enthält vielmehr „eine die Rechtsverbindlichkeit des Interdictes begründende Voraussetzung, und zwar eine schlechthin unerläßliche, deren Vorhandensein eben deshalb der Prüfung des Geschwornen zugewiesen werden konnte.“ „Das Interdict kann gar nicht eher und nur solange wirksam erlassen werden, als der Impetrant hinsichtlich seiner Cautionsleistung alles ihm Obliegende gethan hat.“ [21a])

Ganz gleichgültig dagegen ist es, ob in irgend einem Augenblicke vor Erlaß des Interdictes der Impetrant jener seiner Obliegenheit genügt hat oder nicht. M. a. W.: das satisdatum esse und das per actorem non stare, ut

20) Nach Lenel ed. perp. §. 287 S. 421: Quidquid mihi heredive meo legatorum nomine ex testamento Lucii Titii dari fieri oportet oportebit etc.

21) In dieser Serie des Commentars Thl. 1 §. 1837a Ziffer 73 S. 468.

21a) So muß es Thl. 1 S. 467 f. heißen, nicht, wie versehentlich gesagt worden war: „Das Klagrecht aus dem Interdicte ist gar nicht eher vorhanden und besteht nur solange, als“ u. s. w. S. Thl. 2 Zusätze und Berichtigungen zu dieser Stelle S. 585.

satisdetur, hat erst Bedeutung für den Zeitpunct, in welchem das Interdict ergeht.

L. 2 cit. §. 4:

Si per legatarium factum sit, quo minus satisdetur, licet cautum non sit, tenetur interdicto. sed si forte factum sit per legatarium, quo minus satisdetur, eo autem tempore, quo editur interdictum, satis accipere paratus sit, non competit[22]) interdictum, nisi satisdatum sit. item si per bonorum possessorem stetit, quo minus satisdaret, sed modo paratus est cavere, tenet interdictum: illud enim tempus inspicitur, quo interdictum editur.

Rudorff[23]) will auf Grundlage dieser Stelle die in der Fassung des Interdictes auf die Gegenwart lautenden Worte unsrer Clausel: si eo nomine satisdatum est, sive per illum non stat, ut satisdetur — in der actio arbitraria aus dem Interdicte auf die Vergangenheit umstellen, nämlich: cum ei de (ea) re satisdatum esset, aut per Aulum Agerium non steterit, quo minus satis daretur. Bekanntlich aber wurde die actio arbitraria sogleich nach Erlaß des Interdictes erbeten und ohne Zweifel in unmittelbarem Anschlusse an die ihrer Erbittung sofort folgende Bestellung des arbiter, m. a. W. in dem nämlichen Termine ertheilt, in welchem das Interdict ergangen war. Sofern also die Klagformel überhaupt die im Interdicte ausgesprochenen Voraussetzungen desselben wiederholte, konnte sie dies kaum anders thun, als in der nämlichen Zeitform, welche das Interdict selbst gebraucht hatte. Verfehlt da-

22) Ueber competere interdictum im Sinne von „verbindliche Kraft haben" s. Thl. 1 dieser Serie des Commentars S. 350 N. 50.

23) De iuris dictione edictum §. 223 N. 8 S. 205 f.

gegen ist der Einwand, welchen Lenel[24]) wider Rudorff erhebt: auf die formula arbitraria passe die Stelle deshalb nicht, weil hier sicher auch das nachträgliche Erbieten des Klägers zur Satisdation arbitrio iudicis Berücksichtigung gefunden habe, der Jurist also gewiß auch auf die Zeit nach Erlaß des Interdicts reflectirt haben würde, wenn er hier die formula arbitraria behandelt hätte. Die Sicherstellung des Legatars bildete nicht etwa eine bloße Voraussetzung für dessen Verurtheilung, sondern, wie bereits bemerkt, eine unerläßliche Voraussetzung für die Wirksamkeit des Interdictes selbst. Solche Voraussetzungen aber müssen „im Augenblicke des interdictum editum vorliegen, wie die Wirksamkeit einer actio davon abhängt, daß ihre intentio sich für den Augenblick der litis contestatio als wahr erweiset;“ [25]) das arbitrium iudicis hat mit ihnen nichts zu schaffen: es bezieht sich ausschließlich auf die Frage, quomodo is, cum quo agitur, actori satisfaciat. [26])

Eben deshalb aber, weil die Sicherheitsleistung als Voraussetzung für die bindende Kraft des Interdictes im Augenblicke des Interdictenerlasses vorhanden sein muß, kann allerdings die Sponsion, welche frühestens im ersten auf diesen Erlaß folgenden rerum actus abgeschlossen wurde, [26a]) sie begreiflicherweise nicht in der nämlichen Form der Gegenwart wiederholen, in der sie im Interdicte selbst ausgesprochen worden war: denn damit wäre ja die Entscheidung darauf verstellt, ob die Sicherheit im Augenblicke des Sponsionsschlusses vorliege, m. a. W. eine zwischen Erlaß des Interdictes und Abschluß der Sponsion nachträglich

24) Ed. perp. S. 363 §. 228 a. E. und S. XIV col. 2 a. E.

25) S. diese Serie des Commentars Thl. 2 §. 1838 Ziffer 88 S. 63 zu N. 6.

26) §. 31 J. de act. 4, 6.

26a) S. Thl. 2 dieser Serie des Commentars §. 1838a Ziffer 90.

geleistete Caution als genügend noch berücksichtigt worden. Sofern also die Sponsion aus dem Quod legatorum dessen Wortlaut wiedergab, mußte sie aus dem „sive per bonorum possessorem non stat, ut satisdetur," des Interdictes ein „sive per me non stetit, quo minus satisdaretur," machen. Stände es nun fest, daß die Sponsion aus dem Quod legatorum specialisirt worden sei, so würden wir mit Lenel[27]) in unsrer l. 2 §. 4 einen Hinweis auf ihre Fassung zu erkennen haben. Bei der Ungewißheit jener Voraussetzung[28]) indessen dürfte dieser Hinweis nur mehr oder minder wahrscheinlich bleiben: auch ohne seine Annahme hat die Stelle ihren guten Sinn.

Wie aber, wenn die bei Erlaß des Interdictes vorhandene Sicherheitsleistung vor Abschluß der Sponsion ungenügend oder gar hinfällig geworden war? Schwerlich gebot hier die Rücksicht auf die zum Nachtheile des Impetraten veränderte Sachlage eine exceptio in die Sponsion oder in die Klage aus der Sponsion[29]) einzurücken: hat doch der Impetrat von vornherein interdictswidrig gehandelt und damit die, wenngleich erst später ihm aufgenöthigte, Sponsion verwirkt. Wohl dagegen entspricht es der Billigkeit, daß der nunmehr ermangelnden Sicherheitsleistung halber dem iudicium secutorium eine doli exceptio eingerückt wurde: hätte doch der Impetrat nach Herausgabe der legatorum nomine eigenmächtig occupirten Sache seinerseits sogleich cautio und eventuell missio legatorum servandorum causa begehren dürfen. So zeigt sich bei dieser Gelegenheit noch eine vierte Stelle[29a]) für eine unständige exceptio

27) A. a. O.

28) Vgl. Thl. 2 dieser Serie des Commentars §. 1838a Ziffer 89 S. 95 ff.

29) S. das. §. 1838b Ziffer 91 S. 123.

29a) S. oben Thl. 1 §. 1837a Ziffer 74 S. 471 f.

beim Interdictenverfahren. In der That unterliegt es kaum einem Zweifel, daß eben das iudicium secutorium der Platz war, z. B. Impensenansprüche mittels einer doli exceptio geltend zu machen. Und zu letzterm Zwecke würde die doli exceptio nicht minder in der actio arbitraria ex interdicto von vornherein statthaft gewesen sein, während sie wegen des Wegfalls der beim Erlasse des Interdictes vorhandenen Sicherheitsleistung bei dieser Klagform nur im Wege der in integrum restitutio gegen die pure ertheilte formula hätte nachgeholt werden können.

3. Eine weitere Clausel des Quod legatorum sollte dessen Wirkung für den Fall ausschließen, daß der Legatar den Besitz der legirten Sache mit Zustimmung des bonorum possessor habe. [29b]) In der Compilation lautet sie: non voluntate eius, ad quem ea res pertinet. Treffend weiset Lenel [30]) darauf hin, „daß für die Verwendung des so auffallend farblosen „eius, ad quem ea res pertinet" hier für den Prätor gar kein Anlaß war;" und findet in dieser Erwägung sowie in dem Umstande, „daß in den erhaltenen Fragmenten des Ulpianischen Commentars zwar ausführlich die Worte „non voluntate eius" erläutert sind, nicht aber das doch sehr erläuterungsbedürftige „ad quem ea res pertinet," mit gutem Grunde eine Bestätigung dafür, daß diese Worte statt des edictalen „illius," nämlich dessen, cui ex edicto bonorum possessio data est, interpolirt sind.

Die erwähnten Bruchstücke des Ulpianischen Commentars führen nun Folgendes aus.

Zunächst schließt gemäß der Interpretation nur eine solche Zustimmung die Wirkung des Interdictes aus, welche

29b) Vgl. l. un. §. 1 Cod. h. t. (oben S. 144): non consentiente.

30) A. a. O. S. 362 g. E. L. 1 cit. §. 2 D. h. t.

der bonorum possessor nach Agnition der bonorum possessio erklärt hat. Eine Zustimmung dagegen, welche er vorher ertheilt hat, z. B. als Substitut zu einer Zeit, während welcher die Frist für die Agnition der bonorum possessio noch dem priore gradu institutus lief (intra alienas vices), steht der Wirkung des Interdictes nicht entgegen (non nocere debere).

L. 1 cit. §. 11 D. h. t.:

Quod ait praetor „voluntate eius, ad quem ea res pertinet,“ [31]) ita erit interpretandum, ut si post aditam hereditatem vel [32]) bonorum possessionem adgnitam voluntas accommodata est legatario, ut possideret, interdictum cesset: quod si ante aditam hereditatem [33]) bonorumve [34]) possessiorem adgnitam hoc factum est, rectius dicetur, eam voluntatem non nocere debere.

Seltsam mißverstanden sind die letzten Worte von Wendt [35]) dahin, „daß während der Zeit der hereditas iacens noch immer (d. h. ungeachtet der Aufstellung des Quod legatorum) die Möglichkeit des eigenen Zugreifens bleibt. Non ex voluntate heredis, diese Voraussetzung für die Zuständigkeit des Interdicts erweist sich als gegenstandslos bei noch ruhender Erbschaft; die etwaige Zustimmung der Interessenten, die noch deliberiren, aber noch nicht angetreten haben, braucht nicht eingeholt zu werden; ihr Widerspruch darf unbeachtet bleiben.“ „Denn die (in den fraglichen Worten gemeinte) voluntas kann doch wohl nur auf

31) Statt „eius — pertinet“ ursprünglich „illius,“ scil. bonorum possessoris.

32) Die Worte „post — vel“ sind interpolirt.

33) „aditam hereditatem“ interpolirt.

34) „ve“ interpolirt.

35) Faustrecht (v. Iherings Jahrb. Bd. 21 S. 270).

den Widerspruch gegen die Besitzergreifung bezogen werden." Damit wäre dann freilich die praktische Bedeutung des Quod legatorum um ein erhebliches Stück verkürzt: ein erst an späterer Stelle berufener bonorum possessor würde möglicherweise alle legirten Sachen bereits in den Händen der Legatare finden, ohne sie ihnen anders als mittels Anfechtung des Legates oder auf Grund der lex Falcidia ganz oder theilweis entziehen zu können.[36]). Den Grund für diese Beschränkung findet Wendt[37]) in dem vacuum tempus, welches hinsichtlich des Besitzes der Nachlaßsachen bis zur Besitzergreifung seitens des Erben bestehe; dieses komme auch den Legataren zugute, so daß sie das, was sie mittlerweile als ihnen vermacht in Besitz nehmen, dauernd behalten, ohne später dem Vorwurfe der Selbsthülfe ausgesetzt zu sein. Wendt hat hierbei ganz außer Acht gelassen, daß das Quod legatorum keinesweges als Schutz eines jeden Universalsuccessors von Todeswegen wider eine an sich unstatthafte Selbsthülfe der Legatare aufgestellt worden ist, sondern als eine eigenthümliche Begünstigung des bonorum possessor. Wie wenig diese gemein hat mit einer Mißbilligung der eigenmächtigen Besitzergreifung des Legatars erhellt mit voller Deutlichkeit aus dem Umstande, daß, wie wir gesehen haben, die Sicherheitsleistung wegen des Legates unerläßliche Voraussetzung des Interdictes bildet, somit also der Legatar eben mittels seiner Occupation die Sicherheitsleistung weit bequemer erzwingt, als auf dem ohne die Occupation allein offenen Wege der missio legatorum servandorum causa.[37a]) In der That aber dürfte

36) S. oben Ziffer 1 S. 142.

37) A. a. O. S. 267 ff.

37a) Indem Wendt das eigenmächtige Besitzergreifen des Legatars zwar ante aditam hereditatem für erlaubt, post aditam hereditatem dagegen mit Rücksicht auf das Quod

es schon sprachlich ganz unzulässig sein, das „eam voluntatem non nocere debere“ von einem Widerspruche des bonorum possessor gegen die Besitzergreifung des Legatars zu verstehen. Es handelt sich um die Auslegung der Interdictsclausel „non ex voluntate illius“ (scil. bonorum possessoris); und es würde die ärgste Begriffsverwirrung des Juristen voraussetzen, wenn er zwecks dieser Auslegung das Wort „voluntas“ in Einem Athem erst als „Zustimmung,“ dann als „Widerspruch“ auffassen wollte. Nach der ganzen Satzverbindung muß als Thatbestand des Schlußsatzes (quod si — hoc factum est) die voluntas accommodata legatario ante bonorum possessionem adgnitam verstanden werden; und wenn es von dieser heißt: non nocere debere, so bildet das den Gegensatz (quod si) zu dem interdictum cesset des vorhergehenden Satzes, kann also nichts Anderes sagen, als: sie schließt die verbindliche Kraft des Interdictes nicht aus.[38]). — Uebrigens ist es

legatorum für unerlaubt hält, ist er geneigt, die in l. 8 D. pro legato 41, 8 (Papin. lib. 23. quast.: Si non traditam possessionem ingrediatur sine vitio legatarius, legatae rei usucapio competit) behandelte usucapio pro legato auf die Besitzergreifung während ruhender Erbschaft zu beschränken. Allein selbst wenn die eigenmächtige Besitznahme der legirten, aber noch besitzlosen Sache nach Antritt des Erben an sich unerlaubt wäre, so könnte sie doch niemals ein vitium possessionis begründen, sondern höchstens mala fides des Occupanten.

38) Freilich gebraucht Ulpian in l. 1 cit. §. 14 den nämlichen Ausdruck „non nocet“ von einer Willenserklärung des bonorum possessor, welche dem Legatar nicht schadet, m. a. W. das Interdict, welches durch eine frühere Willenserklärung des bonorum possessor entkräftet worden war, nicht wieder wirksam macht; allein „nocere“ oder „non nocere“ ist auch kein Ausdruck, welcher in der Fassung des Interdictes vorkommt. Obendrein erhält es

m. E. nicht schwer zu erkennen, weshalb die Jurisprudenz einer Zustimmung des spätern bonorum possessor zur Besitzergreifung des Legatars an der legirten Sache vor der Agnition der bonorum possessio die Wirkung absprach, das Quod legatorum zu entkräften. In dieser Lage würdigte der Zustimmende oft noch gar nicht die Bedeutung seiner Erklärung; vielleicht hatte er einstweilen nur eine überaus geringe Aussicht, an die Reihe der Berufung zu gelangen: weshalb sollte er die Bitte des Legatars um die ganz unverfänglich erscheinende Zustimmung abschlagen? Gewiß aber wäre es unbillig gewesen, ihn nach veränderter Sachlage beim Worte zu halten; jene Erklärung hatte in Wahrheit nicht sowohl besagt: „ich bin damit einverstanden,“— als vielmehr: „es ist mir gleichgültig,“ nämlich unter den obwaltenden Verhältnissen.

Wenn der Legatar von mehreren ihm legirten Sachen die eine mit Zustimmung, die andre ohne Zustimmung des bonorum possessor occupirt hat, so hat der letztern wegen das Quod legatorum Wirkung, der erstern wegen nicht. Das Entsprechende gilt, wenn ein Grundstück zu einem reellen Theile oder eine beliebige Sache zu einem ideellen Theile mit Zustimmung, zu einem andern ohne Zustimmung des bonorum possessor vom Legatar occupirt worden ist.

L. 1 cit. §. 12:

Si duae res legatae sint, altera ex voluntate occupata, altera non ex voluntate, eveniet, ut altera revocari possit, altera non . idemque erit probandum et in una re, cuius pars ex voluntate, altera pars non

in §. 14 seine volle Erklärung durch seinen Gegensatz „prodesse possessori“ im Vorhergehenden. Voluntas dagegen, das im §. 14 dreimal gebraucht wird, hat stets die gleiche Bedeutung von „Zustimmung.“

ex voluntate occupata est: nam pars sola per interdictum auferetur.

Wenn einer von mehreren bonorum possessores die Occupation der von beiden legirten Sache gestattet, der andre nicht, so hat der letztere für seinen Theil der Sache das Interdict, der erstere dagegen selbstverständlich nicht.

L. 1 cit. §. 15:

Si alter ex heredibus iisve, ad quos ea res pertinet, [39]) voluerit rem a legatario possideri, alter non, ei, qui noluit, interdictum competet: ei, qui voluit, non competere palam est.

Unsere Clausel hat unzweifelhaft exceptivische Bedeutung: nicht dem Impetranten liegt es ob, das Nichtvorhandensein einer ihn bindenden Zustimmungserklärung zu behaupten und zu erweisen; es ist vielmehr umgekehrt Sache des Impetraten, sich mit Berufung auf eine derartige Erklärung zu vertheidigen und nöthigenfalls letztere darzuthun. Wir haben mithin die Worte „non ex voluntate illius“ als eine ständige exceptio des Quod legatorum aufzufassen. [40])

Dies ist auch über die Frage nach der Last des Behauptens und Beweisens hinaus von Erheblichkeit. Wie wir gesehen haben, [41]) entscheidet hinsichtlich der zu den Voraussetzungen der Verbindlichkeit des Interdictes gehörigen Cautionsleistung lediglich der Zeitpunct des interdictum editum; eine nachträgliche Sicherheitsleistung macht das von vornherein unwirksam erlassene Interdict nicht wirksam. Umgekehrt verhält es sich mit unserer Clausel. War gleich

39) Heredibus — pertinet interpolirt für bonorum possessoribus.

40) Vgl. Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1837a Ziffer 37 S. 459 ff.

41) Oben Ziffer 2 S. 148.

das Interdict mit verbindlicher Kraft erlassen, weil die Occupation der legirten Sache ohne Zustimmung des bonorum possessor geschehen ist, so verliert es hinterher jene Kraft, wenn diese Zustimmung nachträglich eintritt.

L. 1 cit. §. 14 init.:

Prodest autem possedisse, quotiens voluntate eius, ad quem ea res pertinet, [42]) possideri coeptum est: sed et si postea voluntas accessit eius, ad quem ea res pertinebat, [43]) tamen prodesse possessori debere etc.

Auch abgesehen von der exceptivischen Natur der Clausel versteht es sich von selbst, daß die Wirkung der einmal wirksam, d. h. also namentlich post agnitam bonorum possessionem, ertheilten Zustimmung nicht beseitigt wird durch Widerruf.

L. 1 §. 14 cit. i. f.:

unde [44]) si quis coepit quidem ex voluntate eius, ad quem ea res pertinet, [45]) possidere, postea vero voluntas non perseverat, nihil nocet, quia semel possideri coepit ex voluntate.

4. Gleich demjenigen, qui legatorum nomine eine Nachlaßsache non ex voluntate bonorum possessoris wirklich besitzt, soll laut der edictsmäßigen Fassung des Quod legatorum auch derjenige haften, der dolo malo zu besitzen aufgehört hat. [46])

Durch diese Clausel kennzeichnet sich unser Interdict als eines derjenigen, welche ihre, später beibehaltene, Fas-

42) eius — pertinet interpolirt für bonorum possessoris.

43) eius — pertinebat interpolirt für bonorum possessoris.

44) Weil prodest — possedisse, quotiens voluntate bonorum possessoris possideri coeptum est.

45) eius — pertinet interpolirt statt bonorum possessoris.

46) L. 1 cit. §. 7 D. h. t. (s. unten den Context). Vat. fragm. §. 90.

sung bereits empfangen hatten, bevor durch Labeos Auctorität die Haftung des dolo desinens possidere der Haftung des wirklichen Inhabers bei Interdicten als selbstverständlich gleichgestellt worden war. [47])

Ulpian bemerkt zu dieser Clausel in l. 1 cit. §. 7:

> Quod ait praetor „aut dolo desiit possidere," sic accipere debemus „desiit facultatem habere restituendi."

Sie wird danach nicht blos wirksam bei gänzlicher Entäußerung des Besitzes, sondern auch dann, wenn der Legatar zwar den juristischen Besitz behalten, die Detention aber einem Dritten so übertragen hat, daß er diesen nicht zur sofortigen Restitution zu nöthigen vermag, wie z. B. den Commodatar, solange dessen Gebrauchsbefugniß noch fortdauert, oder den conductor, solange die locatio conductio noch läuft. [48])

Ulpian ist aber geneigt, aus seiner Auslegung eine weitere Folgerung zu ziehen.

L. 1 cit. §. 8:

> Unde est quaesitum, si usus fructus vel usus fuerit alicui legatus eumque occupaverit, an hoc interdicto restituere sit compellendus . movet, quod neque usus fructus neque usus possidetur, sed magis tenetur: potest tamen defendi competere interdictum . idem dicendum est et in servitute relicta.

Der Gedankengang des Juristen, demgemäß sich das Unde rechtfertigt, ist wohl folgender. Wenn der juristische Besitzer in dem Falle nicht als wirklicher, sondern als fictus possessor gilt, in welchem er sich lediglich der augenblick-

47) S. Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1837 Ziffer 58 S. 336 f.

48) Vgl. hierzu Thl. 1 dieser Serie S. 309 f. und S. 312 f. unter 2a und c und unten Ziffer 5 zu N. 74.

lichen facultas restituendi entäußert hat, so ist unter dem die Passivlegitimation bedingenden Besitze nicht sowohl der juristische Besitz zu verstehen, als vielmehr die bloße restituendi facultas, wie sie schon durch die Detention gegeben wird. Obwohl also der Legatar, welcher sich eigenmächtig in den Genuß der ihm legirten Personal- oder Prädial-Servitut setzt, nicht juristischer Besitzer der dienenden Sache ist, so haftet er doch dem Quod legatorum, weil er die facultas restituendi hat.

Indessen wurde Ulpians Ansicht nicht allgemein getheilt, von manchen Juristen für den fraglichen Fall vielmehr ein interdictum utile als nothwendig angesehen.

Vat. fragm. §. 90[49]) — lib. 1. de interdictis, sub titulo „In eum, qui legatorum nomine, non voluntate eius, cui bonorum possessio data erit, possidebit.“ Si usufructu legato legatarius fundum nanctus sit, non competit interdictum adversus eum, quia non possidet legatum, sed potius fruitur. Inde et[50]) inter-

49) Nach Lenel ed. perp. S. 362 N. 8 ist Venuleius schwerlich der Verfasser des hier excerpirten Werkes, sofern nämlich, wie wahrscheinlich, Vat. fragm. 91 und 92 f. demselben Interdictenwerke entnommen sind. Denn die in diesen beiden Fragmenten behandelten Materien (Unde vi und Quem fundum) fallen bei Venuleius in lib. 1 seiner Schrift de interdictis, nicht in lib. 2 und 4. In der Palingenesia vol. 2 col. 1230 N. 1 weiset Lenel auf die Vermuthung Ferrinis (riv. per le scienze giurid. I p. 38 n. 1) hin, wonach die Ueberschrift dieses Fragments „de interdictis“ nicht zu beziehen ist auf die Monographie eines unbekannten Verfassers über die Interdicte, sondern auf ein Stück des Edictscommentars von Paulus oder Ulpian. Nimmt man dies an, so muß dann in der Inscription von Vat. fragm. §. 91 statt lib. II. gelesen werden lib. III.

50) ut *scr.* Huschke.

dictum Uti possidetis utile hoc nomine proponitur [51]) Unde vi, quia non possidet, [52]) utile datur, quod taliter [*Huschke*] [53]) concipiendum est: Quod de his bonis legati nomine possides quodque uteris frueris, quodque dolo malo fecisti, quo minus possideres uteferis frueferis.

Durch Aufnahme der l. 1 §. 8 cit. und Nichtaufnahme von Vat. fragm. §. 90 cit. hat spätestens Justinian die Ansicht Ulpians zur ausschließlichen Geltung gebracht. Dies hatte für sein Recht insofern immerhin noch eine gewisse praktische Bedeutung, als sich der Klagvortrag der extraordinariae actiones ex causa interdicti thunlichst dem Wortlaute des alten Interdictes anschloß. Für uns ist die ganze Meinungsverschiedenheit wie ihre schließliche Beilegung nur noch eine geschichtliche Thatsache.

Die Schlußworte der Vat. fragm. §. 90, welche mit der in den Pandekten überlieferten [54]) Fassung des Quorum bonorum sowie mit einer Interdicte im allgemeinen betreffenden Aeußerung des Gaius [55]) übereinstimmen, zeigen zugleich, daß die Anführung unsrer Clausel bei Ulpian in l. 1 §. 7 D. h. t. keine wörtliche ist, sondern nur den Sinn wiedergiebt, wie dies für ihren Zweck völlig genügte. [56])

51) et *ins.* Mommsen.
52) etiam *ins.* Huschke.
53) vel tale Mommsen coll. libr. iur. anteiust. tom. III. ad h. l.
54) L. 1 pr. D. quor. bon. 43, 2.
55) L. 68 §. 1 D. pro soc. 17, 2 (Gai. lib 10. ad ed. prov.): — idque ex interdictis colligere possumus, in quibus ita est: „quod dolo fecisti, ut desineres possidere.“
56) Lenel ed. perp. S. 363 N. 5. — Wie Ulpian in l. 1 §. 7 cit., läßt auch Gaius in l. 68 §. 1 cit. pro soc. 17, 2 (N. 55) das „malo“ zu „dolo“ fort.

Wir dürfen nach den bisher gemachten Darlegungen mit ziemlicher Sicherheit annehmen, daß Lenels Versuch, den Wortlaut des Quod legatorum herzustellen, das Richtige getroffen hat. Es hieß danach: [57])

> Quod de his bonis, quorum possessio ex edicto meo illi data est, legatorum [58]) nomine non voluntate illius possides, quodque dolo malo fecisti, quo minus possideres, id, si eo nomine satisdatum est sive per illum non stat, ut satisdetur, illi restituas.

5. Die Fassung des Interdictes giebt hiernach die subjectiven Voraussetzungen der Berechtigung zum Interdicte an. [59]) Sie gelten auch beim Erben und überhaupt beim Gesammtrechtsnachfolger des bonorum possessor als vorhanden; auch dieser also kann das Interdict erwirken.

L. 1 cit. §. 3:

> Hoc interdictum et heredem heredis [60]) bonorumque [61]) possessoris habere propter utilitatem huius [62]) dicendum est, nec non ceteros successores.

Und zwar ist dies nicht nur dann der Fall, wenn und soweit der erblassende bonorum possessor selbst es bereits gekonnt hätte, sondern auch dann, wenn bei ihm von jenen Voraussetzungen zwar einige, aber nicht alle vorhanden waren, die fehlenden jedoch bei seinem Gesammtrechtsnachfolger hinzugekommen sind, also namentlich, wenn der Legatar eigenmächtig erst dann den Besitz der ihm legirten Sache ergreift, nachdem der Erbe des mit dem Legate belasteten bonorum possessor des Letztern Nachlaß und damit

57) A. a. O. S. 363.
58) Vat. fragm. §. 90 wohl ungenau: legati nomine.
59) S. Thl. 1 dieser Serie S. 88 f. zu N. 26 und 28.
60) heredis interpolirt.
61) que interpolirt.
62) huius *del.* M.

die in denselben übergegangene Erbschaft des Vermächtnißgebers erworben hat; oder wenn erst der Erbe des belasteten bonorum possessor der Cautionspflicht genügt.[63])

Die Passivlegitimation besteht gemäß der Fassung des Interdictes im, wirklichen oder fingirten, Besitze legatorum nomine occupirter Sachen eines Nachlasses, an welchem die bonorum possessio agnoscirt worden ist.

In dieser Weise besitzt zunächst derjenige, welcher Nachlaßsachen als Gegenstände eines ihm wirklich oder vermeintlich hinterlassenen Legates occupirt hat. Wer dagegen weiß, daß er nicht Legatar ist, besitzt die von ihm unter dem Vorwande, es zu sein, occupirten Nachlaßsachen nicht legatorum nomine, sondern ohne allen Rechtstitel, also pro possessore. Er haftet deshalb dem bonorum possessor mit dem Quorum bonorum, nicht mit dem Quod legatorum. Nun kann es zweifelhaft sein, ob der bonorum possessor imstande sein werde, dem angeblich als Legatar besitzenden Gegner dessen schlechten Glauben nachzuweisen und demnach mit dem Quorum bonorum durchzudringen. Für diesen Fall erwirkt der bonorum possessor zweckmäßig gleichzeitig die interdicta Quorum bonorum und Quod legatorum mit der förmlichen Erklärung, daß je nach dem Erfolge der Beweisführung nur das eine oder das andre wirken solle.[64])

Verschiedener Ansicht waren die römischen Juristen darüber, ob auch derjenige Legatar, welcher kraft der missio legatorum servandorum causa Nachlaßstücke beschlagnahmt hatte, im Sinne des Quod legatorum dieselben legatorum nomine besitze. Wer zu dem legatorum nomine possidere juristischen Besitz forderte, mußte dies natürlich verneinen

63) S. Thl. 1 S. 59 f.

64) L. 1 cit. §. 4. Es genügt hier, auf die Ausführung in §. 1841 Ziffer 4 S. 32 ff. zu verweisen.

für die missionsmäßige Innehabung der beschlagnahmten Sachen, d. h. für die Innehabung bis zu dem Augenblicke, in welchem durch genügendes Cautionserbieten die missio ihre Kraft verloren hatte:[65]) denn bis dahin detinirte der immissus nur. Hinterher aber, wenn er trotzdem die Innehabung fortsetzte und somit aus einem bloßen Detentor zum juristischen Besitzer geworden war, besaß er nicht mehr legatorum nomine, sondern ohne allen Rechtsgrund, also pro possessore.[66]) Von diesem Standpuncte aus konnte man ihn folglich nicht mittels des Quod legatorum zur Herausgabe der beschlagnahmten Sachen nöthigen. Unter der Voraussetzung, Gaius und Marcianus haben diesen Standpunct getheilt, dürfen wir zwei in den Pandekten uns überlieferte Aussprüche jener Juristen[67]) so verstehen, daß sie hier durch ein für den Einzelfall gebildetes Interdict, vermuthlich ein prohibitorisches, helfen wollten. Indessen zwingen jene Aeußerungen nicht zu der Annahme, die genannten Juristen haben dem bonorum possessor gegen den legatorum servandorum causa Immittirten das Quod legatorum versagt: sie lassen sich ihrem ursprünglichen Sinne nach recht füglich in Beschränkung auf einen heres

65) L. 1 §. 1 init. D. ut in poss. legat. 36, 4.

66) Arg. l. 13 §. 12 D. de H. P. 5, 3.

67) L. 11 D. ut in poss. legat. 36, 4 (Gai. lib. 13. ad ed. prov.): Si legatariis, qui adversus me in possessionem legatorum servandorum causa missi sunt, procurator vel quis alius meo nomine caverit, perinde mihi praetor accomodat interdictum, quo iubeantur discedere legatarii possessione, ac si ego cavissem. L. 40 D. de solut. 46, 3 (Marcian. lib. 3. instit.): — item si quis solverit legata, debent discedere legatarii de possessione: alioquin nascitur heredi interdictum, ut eos deicere possit. Vgl. Thl. 2 dieser Serie des Commentars S. 43 zu N. 71b f.

verstehen, welcher nicht zugleich bonorum possessor ist und aus diesem Grunde das Quod legatorum nicht gebrauchen kann.[68]) Zweifellos dagegen hielt Ulpian es für tutius, dem bonorum possessor das Quod legatorum gegen den immissus zu gewähren, mindestens nach Bestellung der Satisdation.

L. 1 cit. §. 9 D. h. t.:

Quaesitum est, si quis legatorum servandorum causa missus sit in possessionem, an hoc interdicto teneatur ad restitutionem . movet illud primum, quod non possidet is, qui missus est in possessionem, sed potius custodit, deinde, quod praetorem habet huius rei auctorem . tutius tamen erit dicendum hoc interdictum competere, maxime si satisdatum sit iam legatorum nomine, nec recedat: tunc enim etiam possidere videtur.

Der Umstand, daß der immissus die streitigen Nachlaßsachen nicht eigenmächtig, vielmehr kraft prätorischer Ermächtigung occupirt hat, hielt hiernach den Juristen in keinem Falle von der Gewährung unseres Interdictes zurück. Ohne Zweifel war ihm hierfür der Wortlaut des Interdicts maßgebend, welcher ja durchaus nicht eigenmächtige Besitznahme erfordert, sondern nur ein possidere non ex voluntate bonorum possessoris.[69]) Und da Ulpian, wie wir

68) L. 40 D. de solut. 46, 3, die hier selbstverständlich nur als Beweisgrund benutzt werden kann, spricht ausdrücklich vom heres; und dies ist schwerlich Interpolation. — Die Möglichkeit der hier gegebenen Auslegung war mir in Thl. 2 dieser Serie a. a. O. entgangen.

69) Damit ist eine zwingende Instanz gegeben wider Wendts Meinung (Faustrecht in Jahrb. für die Dogm. Bd. 21 S. 269 f.), wonach das Quod legatorum eine an sich unbefugte Selbsthülfe des Legatars ahnden soll.

gesehen haben,[70]) zur Passivlegitimation die in der bloßen Detention gegebene facultas restituendi für genügend hält, so hindert ihn an der Gewährung des Interdictes auch die Thatsache nicht, daß der immissus bis zu gehörigem Cautionserbieten seitens des Vermächtnißträgers nur detinirt. Nicht so unmittelbar leuchtet es ein, wie vor jenem Cautionserbieten die Voraussetzung des Interdicts erfüllt sein kann: si eo nomine satisdatum est sive per illum non stat, ut satisdetur. Das Verständniß hierfür bietet jedoch l. 1 §. 1 D. ut in poss. legat. 36, 4:

> *Ulp.* lib. 52. ad ed. Non exigit praetor, ut per heredem stat, quo minus caveat, sed contentus fuit per legatarium vel fideicommissarium non stare, quo minus ei caveatur. quare si non fuerit, qui interpelletur cautionis nomine, hoc est [abest *ins. sec. Basil.*] is, a quo legatum fideive commissum relictum est, omnimodo poterit legatarius et fideicommissarius in possessionem ex hoc edicto mitti, quia verum est per eum, cui caveri oportebit, non fieri, quo minus caveatur. non tamen et satisdatio debet offerri legatario, sed sufficit, sive desideravit et non cavetur, sive non habeat, a quo satis desideret.

Hat der Legatar sich immittiren lassen, weil der belastete bonorum possessor die begehrte satisdatio legatorum nomine nicht bestellt hat, so steht Letzterm selbstverständlich das Quod legatorum nicht zu: stat per illum, quo minus satisdetur. Demnach ist nur an den Fall zu denken, wo der Legatar sich deshalb die missio ausgewirkt hat, weil niemand vorhanden war, von dem er Sicherstellung hätte fordern können, also bevor bonorum possessio agnoscirt war. Hier kann der später agnoscirende bonorum possessor mit dem Quod legatorum Herausgabe der

70) S. oben Ziffer 4 S. 159 f.

beschlagnahmten Nachlaßsachen fordern, ohne daß er zuvor Caution zu leisten, ja nur anzubieten brauchte: non ergo offerre debet satisdationem, sed petenti satis moram non facere.[71]) Auf diese Weise werden gleichmäßig die berechtigten Interessen beider Parteien berücksichtigt: wenn einerseits der Legatar bereits vor der agnitio bonorum possessionis kraft der missio sein eventuelles Vermächtnißrecht sichert, so verliert doch der später agnoscirende bonorum possessor dadurch nicht den nämlichen Anspruch auf den Besitz der Nachlaßsachen, den er abgesehen von der missio haben würde. Es ist Sache des Legatars, nunmehr Caution zu begehren; unterläßt er das, so setzt er sich eben dem Quod legatorum aus. — Giebt der Legatar, nachdem ihm gehörig Satisdation gemacht oder auch nur angeboten worden ist, die beschlagnahmten Nachlaßsachen nicht heraus, so bildet nun allerdings sein Besitzverhältniß als solches kein Bedenken mehr gegen seine Passivlegitimation für unser Interdict: er ist jetzt juristischer Besitzer jener Sachen. Freilich besitzt er pro possessore, während das Interdict possessio legatorum nomine erfordert. Aber auch daran nimmt Ulpian keinen Anstoß: ohne Zweifel genügt es ihm, daß die geeignete causa possessionis im Augenblicke der Besitznahme vorhanden gewesen ist.[72])

Durch die Aufnahme der l. 1 §. 9 cit. in den Titel Quod legatorum hat Justinian die Ansicht Ulpians gebilligt. Ebenso jedoch hat er durch die Aufnahme der l. 11 cit. D. ut in poss. legat. 36, 3 in den ex professo von der missio legatorum nomine handelnden Titel die hier ausgesprochene Ansicht anerkannt. Da nun in der Compilation das Quod legatorum auch dem heres als

71) L. 2 §. 1 D. h. t. (s. oben Ziffer 2 S. 145).
72) Vgl. l. 1 §. 13 D. h. t.: — possideri aliquid coeptum. S. unten S. 169.

solchem zusteht, so ist umgekehrt kein Grund vorhanden, l. 11 cit. nicht auch auf den bonorum possessor anzuwenden. Das Ergebniß der Compilation ist also dieses, daß im fraglichen Falle dem Universalsuccessor von Todeswegen die Wahl zwischen dem Quod legatorum nach l. 1 §. 9 cit. und einem (prohibitorischen) Interdicte auf Räumung des Besitzes nach l. 11 cit. und l. 40 D. de solut. 46, 3 zukommt.

Die l. 1 §. 9 cit. ergiebt zugleich den Begriff des legatorum nomine possidere seinem gegenständlichen Umfange nach. Wenn das Quod legatorum auch wegen der kraft der missio legatorum servandorum causa beschlagnahmten Nachlaßsachen stattfindet, also auch wegen solcher, die dem Immittirten nicht legirt sind, so ist es klar, daß der Besitz legatorum nomine nicht zusammenfällt mit dem Besitze pro legato. Während der letztere ausschließlich an Sachen stattfindet, welche als Gegenstände eines, wirklichen oder vermeintlichen, Legates auf Grund eben dieses Legates besessen werden, umfaßt der erstere auch solche Sachen, welche infolge der missio legatorum servandorum causa beschlagnahmt worden sind.

Eine andere Verschiedenheit beider Begriffe wird wichtig für den Uebergang der Passivlegitimation auf die Rechtsnachfolger des ersten Occupanten. Pro legato besitzt nur, wer auf Grund eines, wirklichen oder vermeintlichen, Legates dessen Gegenstand besitzt, also nur der, wirkliche oder vermeintliche, Legatar selbst und ein solcher Rechtsnachfolger desselben, auf den das, wirkliche oder vermeintliche, Recht des Legates übergegangen ist, also nur ein Gesammtrechtsnachfolger. Dagegen giebt die Occupation einer Nachlaßsache, welche zwecks Geltendmachung des, wirklichen oder vermeintlichen, Legatenrechtes geschieht, d. h. sowohl die Occupation der legirten Sache selbst durch den, wirklichen oder vermeintlichen, Legatar, als auch die Beschlag=

nahme irgend einer Nachlaßsache kraft der missio legatorum servandorum causa, der zu jenem Zwecke occupirten Sache die Eigenschaft der res legatorum nomine possessa, welche sich auf jeden Rechtsnachfolger des ersten Occupanten überträgt, auch auf den Singularsuccessor.

L. 1 §. 13 D. h. t.:

Illud tenendum, sive a te sive ab eo, in cuius locum successisti, possidere aliquid coeptum est, interdicto huic locum fore . in locum successisse accipimus, sive per universitatem sive in rem sit successum.

Hiernach werden wir auch in l. 1 cit. §. 10 h. t.:

Legatorum nomine non tantum ipsum possidere dicemus, cui legatum est, verum heredem quoque eius ceterosque successores —

unter den ceteri successores auch die Singularsuccessoren zu verstehen haben. [72a])

Bereits an einer frühern Stelle unseres Commentars [73]) haben wir auf die praktische Bedeutung dieser Auslegung des legatorum nomine possidere hingewiesen. Ohne sie würde der bonorum possessor überhaupt kein Rechtsmittel haben, um den Besitz einer unbedingt und unbefristet zu Eigenthum legirten Nachlaßsache aus der dritten Hand wieder zu erlangen, an welche der Legatar sie nach eigenmächtiger Besitzergreifung weiter veräußert hat: der dritte Erwerber ist Eigenthümer der Sache geworden und besitzt iuste auf einen gültigen Singulartitel; es ist also weder eine erbschaftliche Singularklage, wie gegen jeden, der Nach=

72a) Vielleicht bezieht sich hierauf nach Lenels scharfsinniger Vermuthung (palingen. vol. II col. 802 nr. 1469). l. 149 D. de R. J. 50, 17 aus Ulp. lib. 67. ad ed.: Ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet.

73) Vgl. Thl. 1 dieser Serie §. 1837 Ziffer 68 S. 406 ff.

laßstücke titulo singulari besitzt, noch das Quorum bonorum gegen ihn statthaft, letzteres nicht einmal in der ihm durch l. 3 Cod. quor. bon. 8, 2 ertheilten Ausdehnung. Somit wäre der bonorum possessor beschränkt auf das Quod legatorum gegen den occupirenden Legatar selbst als dolo desinens possidere. Und damit würde ihm unter Umständen wenig geholfen sein. Denn während in dieser Richtung das Interdict nur eine überaus geringe Aussicht auf Wiedererlangung der Sache selbst gewährt, hängt sein Erfolg hinsichtlich des Schadensersatzes von der Leistungsfähigkeit des Legatars ab.

Eben diese Erwägung verbunden mit der Thatsache, daß als legatorum nomine possidere beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen schon die bloße restituendi facultas gilt, führt nun m. E. dahin, unser Interdict wenigstens dann auch gegen den Detentor des occupirenden Legatars zu geben, wenn der Letztere jenen nicht zur sofortigen Rückgabe zu nöthigen vermag. [74])

Beruht aber in der That das legatorum nomine possidere auf einer der Sache anhaftenden Eigenschaft, so kann es sich gar nicht beschränken auf eine Innehabung, welche unmittelbar oder mittelbar von dem legatorum nomine Occupirenden hergeleitet ist; vielmehr muß dem Quod legatorum auch derjenige haften, welcher diesem den Besitz der Sache ohne vermittelndes Rechtsverhältniß abgenommen hat, sei es auf Grund eines nichtigen Rechtsgeschäftes, sei es durch Occupation. Im letztern Falle haftet der Legatar selbst nicht einmal als dolo desinens possidere, um so wichtiger ist es für den bonorum possessor, daß er nicht genöthigt ist, zwecks Erlangung der Sache die erbschaftliche Singularklage anzustellen, sondern unser Interdict gebrauchen kann.

74) Vgl. oben Ziffer 4 zu N. 48 S. 159.

Das Quod legatorum hat sich somit herausgestellt als das Rechtsmittel des bonorum possessor, mittels dessen derselbe die Herausgabe einer zum Nachlaßbestande gehörigen Sache, welche zwecks Geltendmachung eines, wirklichen oder vermeintlichen, Legatenrechtes ohne seinen Willen occupirt worden ist, von jedem Inhaber fordern kann. Es dient also, wie das Quorum bonorum und die hereditatis petitio, zum Schutze des thatsächlichen Nachlaßbestandes; diese seine possessorische Function geht aber viel weiter als diejenige der beiden anderen Klagen, welche ausschließlich gegen den possessor pro herede oder pro possessore gerichtet sind: das Quod legatorum erfordert zur Passivlegitimation nichts weiter als die facultas restituendi hinsichtlich einer Sache, welche ihre entscheidende Eigenschaft einfürallemal empfangen hat durch die Weise ihres ersten Erwerbs aus dem Nachlaßbestande.[75])

Müssen wir das Quorum bonorum als ein nichtobligatorisches Interdict anerkennen, weil es das Successionsrecht des bonorum possessor als solches gegen jeden possessor pro possessore und gegen einen possessor pro herede wenigstens dann geltend macht, wenn der Letztere nicht etwa auf ein endgültiges Erbrecht sich beruft, — so dürfen wir vollends die nichtobligatorische Natur des Quod legatorum nicht bezweifeln. Denn dasselbe macht ebenfalls das Successionsrecht des bonorum possessor als solches geltend, und zwar nicht blos gegen den eigenmächtigen Occupanten pro legato, sondern ebenso gegen jeden Dritten, der den Besitz einer einmal legatorum nomine occupirten Nachlaßsache auf irgend eine Weise erworben hat.[76])

75) Vgl. v. Ihering über den Grund des Besitzschutzes 2. Aufl. S. 85 N. 82a.

76) Vgl. diese Serie des Commentars Thl. 2 S. 397 f. — In Thl. 1 S. 513 f. heißt es durch Versehen: „Hinwider

Von der Verurtheilung sei es aus dem iudicium secutorium beim Sponsionsverfahren, sei es aus der actio arbitraria ist uns bezeugt, daß sie auf das Interesse ging.

L. 2 cit. §. 2 D. h. t.:

Ex hoc interdicto qui non restituit, in id quod interest debet condemnari.

Ueber die Verjährung des Interdicts ist uns nichts überliefert. Wir werden es daher für perpetuum zu erachten haben.[76a]) Die sponsio dagegen wie das agere ex sponsione wird in Jahresfrist nach Erlaß des Interdictes verjährt sein.[76b])

6. Das Quod legatorum soll den bonorum possessor schützen gegen eine Occupation von Nachlaßsachen, welche legatorum nomine geschieht. Da die edictsmäßige Fassung des Interdicts, soweit wir es zu erkennen vermögen, unter den verschiedenen Arten der Legate nicht unterscheidet, so müssen wir annehmen, daß jeder legatorum nomine non ex voluntate bonorum possessoris Nachlaßsachen Occupirende dem Interdicte haftete, gleichviel welcherlei Legat er geltend machen wollte. Für Vindications- und Damnationslegate versteht sich dies von selbst; für Präceptionslegate ist es uns bezeugt in l. 1 cit. §. 6:

Qui vero ex causa praeceptionis (scil. possidet), utique tenetur hoc interdicto, sed pro ea scilicet parte, quam iure legati habet, non etiam pro ea, quam

machen das Quod legatorum, de tabulis exhibendis und viele andre rein obligatorische Ansprüche geltend." Es muß heißen: „Hinwider machen das interdictum de tabulis exhibendis" u. s. w. S. das Druckfehlerverzeichniß in Thl. 2 zu dieser Stelle.

76a) S. Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1837b Ziffer 81 S. 527.

76b) Das. S. 527 f.

quasi heres habet . idemque erit dicendum et si alio genere legati uni ex heredibus legatum sit: nam et hic dicendum est pro ea parte, qua heres est, cessare interdictum.

War derjenige, dem ein Präceptionslegat hinterlassen worden, zugleich als Theilerbe zum Nachlasse des Erblassers berufen, wie er dies nach Ansicht der Sabinianer stets sein mußte, [77]) so besaß er die auf Grund jenes Legates occupirte Nachlaßsache nur zu einer ideellen Quote legatorum nomine, zu einer andern dagegen pro herede; und auf diese letztere Quote erstreckte sich natürlich das Quod legatorum nicht.

Der Schluß der Stelle spricht die gleiche Entscheidung aber auch für den Fall aus, si alio genere legati uni ex heredibus legatum sit, d. h. für jedes Prälegat ohne Rücksicht auf dessen Form, also auch für das legatum sinendi modo relictum. [78]) Es ist nicht der leiseste Grund ersichtlich, weshalb l. 1 §. 9 cit., welcher für Justinians Recht hinsichtlich der alten genera legatorum ohnehin keine praktische Bedeutung zukommt, [79]) hinsichtlich des legatum sinendi modo relictum interpolirt sein sollte. In der That wäre es höchst verwunderlich, wenn diese Legatsform, welche im übrigen die schwächste Wirkung hat, im Gegensatze zu den anderen wirksameren den occupirenden Legatar dem Quod legatorum entziehen sollte. Uebrigens könnte die Ermächtigung des Testators zum eignen Zugreifen des Legatars doch immer nur dann jenen Erfolg beanspruchen, wenn es feststeht, daß sie gültig ertheilt ist und fortdauert,

77) Gai. II, 217.

78) Damit ist die von Wendt Faustrecht (Jahrb. Bd. 21 S. 272) vermißte Quellenentscheidung für diesen Fall gegeben.

79) Vgl. §. 2 J. de legat. 2, 20.

während das Quod legatorum gerade dann besonders wichtig ist, wenn der bonorum possessor die Gültigkeit des Legates bestreitet; m. a. W. jene Ermächtigung würde höchstens Anlaß zu einer exceptio gegen das an sich begründete Interdict geben. Nun aber enthält das legatum sinendi modo relictum in der That gar nicht die Ermächtigung für den Legatar, die in dieser Form legirte Sache auch wider den Willen des Erben sich anzueignen; vielmehr legt es dem Erben die Verpflichtung auf, dem Legatar deren Aneignung zu gestatten: heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibique habere.[80]) Kraft dieser dem Erben auferlegten Verpflichtung zum Gestatten der Besitznahme wird die Bedeutung des non ex voluntate eius gewiß noch weniger beseitigt, als durch das Damnationslegat, welches dem Erben die Sachübergabe auferlegt.

Damit ist das edictsmäßige Anwendungsgebiet des Interdictes beschrieben. Ohne Zweifel wurde das letztere bald, nachdem die Fideicommisse als Rechtsinstitut anerkannt worden waren, utiliter auch dann ertheilt, wenn eine Nachlaßsache fideicommissi nomine occupirt war: der Prätor konnte nicht füglich in diesem Falle den bonorum possessor schutzlos lassen. Scharfsinnig hat Rudorff[81]) die Vermuthung ausgesprochen, daß die dem 67. Buche des Ulpianischen Edictscommentars entnommene l. 1 D. de legat. I:

Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis —,

welche in Ulpians Munde selbstverständlich nicht die ihr in der Compilation gegebene allgemeine Bedeutung haben

80) Gai. II, 210.

81) De iuris dict. ed. S. 205 N. 2. Uebereinstimmend Lenel ed. perp. S. 362 N. 6. palingen. vol. II col. 801 no. 1467 Abs. 2.

konnte, ursprünglich gerade die Gleichstellung der Fideicommisse mit den Legaten gegenüber dem Quod legatorum betraf.[82])

Ohne Zweifel findet unser Interdict auch gegen denjenigen statt, der auf Grund eines ihm zugewandten Universalfideicommisses vor der Restitution der Erbschaft oder des Erbtheiles besitzlose Nachlaßsachen occupirt: er besitzt dieselben zur Zeit fideicommissi nomine, noch nicht als Universalsuccessor, also nicht pro herede. Letzteres ist erst dann der Fall, wenn der Fiduciar erklärt hat, er übertrage die Universalsuccession auf den Fideicommissar, oder wenn dieser glaubt, es sei eine derartige Erklärung abgegeben worden.

Infolge seiner Ausdehnung auf Fideicommisse hat unser Interdict Anwendung für den bonorum possessor ab intestato erlangt, während es in seiner ursprünglichen Beschränkung auf Legate nur für den bonorum possessor secundum tabulas, sowie vermöge des edictum de legatis praestandis für den bonorum possessor contra tabulas gegolten hatte. Von dieser subjectiven Beschränkung, welche nicht sowohl in der edictsmäßigen Bezeichnung des Impetranten beruht, als vielmehr in dem Wesen der in jener Fassung ausschließlich genannten Legate, hat sich eine unverkennbare Spur erhalten in l. un. §. 1 Cod. h. t.[83]) Hier läßt die Kompilation den Kaiser Diocletian unser Interdict bezeichnen als ein solches, quod adversus legatarios scriptis heredibus propositum est. Sollte der Ausdruck „scripti heredes" echt, d. h. nicht erst interpolirt sein, so hat doch sicherlich Diocletian darunter

82) Vgl. auch l. un. §. 1 Cod. h. t. (s. oben S. 144) v.: — si legatarius vel fideicommissarius — relicta sibi legata vel fideicommissa detinuit etc.

83) S. oben S. 144 f.

ausschließlich die bonorum possessores aus einem Testamente verstanden. Jedenfalls beweiset diese Stelle, daß Julians Edictsredaction einen ausdrücklichen Hinweis auf Fideicommisse in die proponirte Interdictsformel nicht aufgenommen hat. [84])

Ueber die Ausdehnung des Quod legatorum auf mortis causa donationes belehrt uns l. 1 cit. §. 5:

> Si quis ex mortis causa donatione possideat, utique cessabit hoc interdictum, quia portio legis Falcidiae apud heredem ipso iure remanet, etsi corporaliter res in solidum translatae sunt.

Dieser Ausspruch erweckt den Schein, als ob das Quod legatorum aus dem Grunde nicht auf die mortis causa donatio erstreckt worden sei, weil die lex Falcidia, welche Septimius Severus auf jene Form der Zuwendung von Todeswegen ausgedehnt hatte, [85]) eine solche Erstreckung nicht unbedingt erforderte. Allein wie wäre es zu verstehen, daß unser Interdict ungeachtet dieses Gesetzes gegenüber der mortis causa donatio als überflüssig schlechthin versagt werden müßte (utique cessabit), während es

84) Irrig ist also insofern die Restitution der Formel bei v. Keller Instit. S. 341. Richtig nennt Rudorff a. a. O. das Interdict in Anwendung auf Fideicommisse utile. Dieser Fall ist den in Thl. 1 dieser Serie des Commentars S. 30 f. N. 69 aufgezählten Beispielen von interdicta utilia nach dem Muster proponirter Interdicte beizufügen.

85) L. 5 Cod. ad leg. Falcid. 6, 50. L. 2 §. 2 Cod. de m. c. donat. 6, 56. l. 32 §. 1 i. f. D. de don. i. v. et u. 24, 1.

In der That ist l. 1 §. 5 der Ausgangspunct für die ältere Ansicht gewesen, wonach das Quod legatorum lediglich deshalb aufgestellt worden ist, um dem Erben den Abzug der Quart an Vermächtnissen zu sichern. S. oben Ziffer 1 N. 14a S. 144.

eben desselben Gesetzes halber Legaten und Fideicommissen gegenüber als zweckmäßig zugelassen ist?[86]) Und wie sollte der nämliche **Ulpian**, der in Beziehung auf Vermächtnisse den entscheidenden Grund für die Aufstellung des Interdicts darin erblickt, daß es dem bonorum possessor beim Streite um die Gültigkeit eines Vermächtnisses die vortheilhaftere Beklagtenrolle sichert,[87]) der gleichen Erwägung in Beziehung auf mortis causa donationes sich verschlossen haben? Versagt er hier gleichwohl das Interdict, so darf die Erklärung dafür nicht sowohl in dessen Entbehrlichkeit gesucht werden, als vielmehr in einem Wesensunterschiede zwischen Vermächtniß einerseits und Schenkung von Todeswegen anderseits.

Selbstverständlich aber nützt es nichts, diesen maßgebenden Unterschied darin zu erblicken, daß das Vermächtniß ein einseitiges, die Schenkung ein zweiseitiges Rechtsgeschäft ist. Damit würde die Beantwortung unsrer Frage lediglich in eine weitere Instanz geschoben, aber nichts erklärt sein.

Etwas näher werden wir dem Ziele kommen, wenn wir bemerken, daß die Schenkung von Todeswegen als zweiseitiges Geschäft zwischen Erblasser und Schenknehmer schon bei des Erstern Lebzeiten erfüllt werden kann, indem er die geschenkten Sachen, wenngleich nur bedingungsweis, dem Schenknehmer zu Eigenthum tradirt. Da nämlich das Quod legatorum wie das Quorum bonorum, zu dessen Ergänzung es dient, dem bonorum possessor den **that-**

86) L. un. Cod. h. t. (s. oben S. 144 f.). Verständlich ist dieser Gegensatz nur auf Grund der irrigen Annahme, die Quart habe bei Vermächtnissen nur retentionsweis geltend gemacht werden können. S. oben Ziffer 1 N. 14a a. E. S. 144.

87) L. 1 §. 2 D. h. t. (s. oben S. 143 f.).

sächlichen Nachlaßbestand an körperlichen Sachen sichern soll, so ergiebt sich hieraus, daß es nicht erstreckt werden kann auf solche mortis causa verschenkte Sachen, deren Besitz bereits der Erblasser auf den Schenknehmer übertragen hat: diese gehören gar nicht zum Nachlaßbestande. Allein unsere Stelle geht über diesen Fall hinaus; sie sagt ganz bestimmt: utique cessabit hoc interdictum;[88]) für blos obligatorische Schenkungen körperlicher Sachen von Todeswegen ist damit die Antwort nicht gewonnen.

Durchschlagend dagegen dürfte die Thatsache sein, daß im Gegensatze zum Vermächtnisse, die Schenkung von Todeswegen zu ihrer Wirksamkeit die Beerbung des Erblassers nicht voraussetzt. Beginnt die Kraft des Vermächtnisses erst dem Erben gegenüber, so belastet danach die Schenkung von Todeswegen, deren Bedingung ja mit dem Tode des Schenkgebers nothwendig erfüllt ist, den Nachlaß als solchen. Insbesondere stehen obligatorische Schenkungen von Todeswegen in dieser Beziehung jeder andern Erbschaftsschuld völlig gleich: die Verpflichtung daraus beginnt nicht erst mit dem Erbantritte, der antretende Erbe übernimmt vielmehr eine bereits vorhandene Schuld. Der Schenknehmer also, der eine ihm mortis causa zugesagte Sache nach dem Tode des Schenkgebers aus der besitzlosen Nachlaßmasse eigenmächtig occupirt, besitzt dieselbe geradeso pro donato, wie jeder Erbschaftsgläubiger die von ihm unter gleichen Umständen occupirte ihm geschuldete Nachlaßsache auf den Titel seiner Forderung besitzt.[89]) Legislatorisch hätte man

88) Damit dürfte unvereinbar sein die, neuerdings von Windscheid Pand. Bd. III §. 676 N. 22 a. E. wieder aufgenommene, Ansicht von Cujaz Obs. X, 28, die Ausschließung des Interdictes beschränke sich auf die vom Schenkgeber tradirten Sachen.

89) Vgl. oben §. 1841 Ziffer 4 N. 52 S. 30.

freilich unleugbar, auch in dieser Beziehung die Verwandtschaft der mortis causa donatio mit dem Vermächtnisse betonend, dem Erben gegenüber dem Schenknehmer das gleiche Recht geben können, wie es ihm kraft des Quod legatorum gegenüber dem Vermächtnißnehmer zukam; in der That haben die Römer hier die formelle Rücksicht entscheiden lassen. War dies aber feststehende Praxis, bevor die lex Falcidia auf mortis causa donationes erstreckt wurde, so gab auch deren Erstreckung auf sie keinen zwingenden Anlaß zur Rechtsänderung. Gemäß dem Wesen jenes Gesetzes als einer lex perfecta ist das zuviel Zugewandte nichtig zugewandt, so daß der Erbe die Eigenthumsquote, welche ihm an der durch Schenkung von Todeswegen vom Erblasser bereits weggegebenen Sache verbleibt, ohne weiteres vindiciren kann. Obendrein aber wird der Schenknehmer den Nachweis seines Theileigenthums kaum begehren: gründet sich dieses doch ebenso auf das Eigenthum des Erblassers, wie das Recht des Schenknehmers an der Sache es thut. Hätte dagegen die lex Falcidia hier nur ein Retentionsrecht gewährt, so würde allerdings ein besondrer Rechtsbehelf erforderlich gewesen sein, jene Quote zu erstreiten.

Hiernach begründet also der Schlußsatz der l. 1 §. 5 cit. keinesweges, weshalb das Quod legatorum auf die Schenkung von Todeswegen nicht angewandt werde, sondern zeigt nur, daß die Anwendung entbehrt werden könne.[89a])

Wegen des Zusammenhangs mit dem soeben Erörterten hat es uns zweckmäßig geschienen, erst an dieser Stelle eine Frage aufzuwerfen, welche schon für die edictsmäßige Anwendung des Quod legatorum entstehen mußte, — die

89[a]) Auf eine ähnliche Anwendung des quia in l. 3 §. 2 D. de O. N. N. 39, 1 (Ulp.) und in pr. J. de ingen. 1, 4 macht Schulting notae ad pand. ad h. l. aufmerksam.

Frage nämlich, ob das Interdict auch dann statthaft ist, wenn der Legatar schon bei Lebzeiten des Erblassers auf irgend eine Weise den Besitz oder die Detention der legirten Sache erworben hat.

Von der Erwägung aus, daß das Quod legatorum als Ergänzung des Quorum bonorum dem bonorum possessor den Nachlaßbestand sichern soll, möchte man auf den ersten Blick die Frage kurzum verneinen. Erinnert man sich jedoch, daß das Quorum bonorum auch gegen denjenigen geht, der dem Erblasser bei dessen Lebzeiten den Besitz mit bewußter Rechtswidrigkeit entzogen hat, [90]) so könnte man geneigt werden, die Anwendbarkeit des Quod legatorum gegen denjenigen einzuräumen, der mit Kenntniß oder doch in gutgläubiger Annahme eines Vermächtnisses den Besitz der ihm wirklich oder vermeintlich legirten Sache bei Lebzeiten des Erblassers in rechtswidriger Weise sich angeeignet hat. Allein dies wäre in dem Falle sicherlich irrig, wo der Occupant weiß, daß der Erblasser noch lebt. Denn da die Wirksamkeit des Vermächtnisses vom Beerbtwerden des Erblassers abhängt, viventis autem nulla hereditas, so liegt hier nicht einmal ein putatives legatorum nomine possidere vor: der Occupant ist hier vielmehr possessor pro possessore. Nur da, wo er fälschlich annimmt, der Erblasser sei gestorben, also im Sinne des classischen Rechtes gewiß nicht possessor pro possessore ist, wird man nicht umhin können, ihn mit dem Quod legatorum haften zu lassen.

Hat der Erblasser selbst dem Vermächtnißnehmer den Besitz oder die Innehabung der vermachten Sache überlassen, so ist unser Interdict stets unstatthaft, weil unter solchen Umständen die Sache nicht zum thatsächlichen Nachlaßbestande gehört. Ob der Erbe die Herausgabe der Sache mit einer

90) S. oben §. 1841 Ziffer 3 zu N. 46 S. 28.

andern Klage durchsetzen kann, oder ob ihm höchstens die Vindication der Eigenthumsquote zusteht, welche ihm gemäß der lex Falcidia etwa verbleibt, das hängt davon ab, ob jene Besitzüberlassung seitens des Erblassers infolge eines besondern Rechtsgeschäftes mit dem Legatar geschehen ist, z. B. infolge von Pacht, Miethe, Commodat, Depositum, Precarium u. s. w., oder lediglich zu dem Zwecke, dem Legatar schon jetzt die Sache als ihm vermachte zuzuwenden. Im letztern Falle liegt, mindestens bis zum Betrage von 500 solidi, eine mortis causa donatio vor, welche das Legat absorbirt. Auf den erstern Fall bezieht sich l. 26 pr. D. ad leg. Falcid. 35, 2:

> (*Scaevola* lib. 5. respons.) Lineam margaritorum triginta quinque legavit, quae linea apud legatarium fuerat mortis tempore: quaero, an ea linea heredi restitui deberet propter legem Falcidiam. respondit posse heredem consequi, ut ei restituatur, ac, si malit, posse vindicare partem in ea linea, quae propter legis Falcidiae rationem deberet remanere.

Als Mittel der Rückforderung, welche die Worte „posse heredem consequi, ut ei restituatur," dem Erben einräumen, kann Scaevola nicht, wie meist angenommen wird,[91] unser Interdict gemeint haben. Dies ergiebt sich schon daraus, daß er ausschließlich vom heres spricht, zu seiner Zeit aber der heres als solcher das Quod legatorum überhaupt nicht hatte. Aber auch in der Compilation gehen jene Worte schwerlich auf das Interdict. Denn wennschon der Satz „quae linea apud legatarium fuerat mortis tempore" nicht ausdrücklich sagt, daß dies mit dem Willen des Erblassers so gewesen sei, so schließt er doch eben diesen Fall mit ein; in diesem Falle aber gehört die Sache

91) S. z. B. die Citate bei Schulting notae ad digesta tom. V p. 546 ad h. l

gar nicht zum Nachlaßbestande, unterliegt also dem Interdicte nicht.[92]) Hat dagegen der Legatar dem Erblasser den Besitz der Sache in rechtswidriger Weise entzogen, so besitzt er nicht legatorum nomine und haftet deshalb nicht mit dem Quod legatorum, sondern mit dem Quorum bonorum. Das Quod legatorum würde in dem einzigen Falle statthaft sein, wenn der Legatar in der irrigen Annahme, der Erblasser sei gestorben, die legirte Sache occupirt hat: an diesen seltenen Fall hat Justinian aber wohl kaum gedacht. Die Klage auf Rückgabe der Sache, welche er dem Erben einräumt, ist genau die nämliche persönliche Klage, mit welcher der Erblasser selbst jene Rückgabe hätte fordern können, also die im Einzelfalle begründete Contractsklage, das interdictum de precario, aber auch die geeignete Delictsklage, z. B. das Unde vi, die actio quod metus causa u. s. w.[93]) Die ratio dubitandi gegen den Erfolg der danach begründeten Klage entspringt aus der Liberalität des Erblassers: auf sie stützt der Legatar eine doli exceptio. Ist aber der quarta Falcidia halber die Rückgabe der Sache dem Erben vortheilhaft, so entkräftet er jene Einrede durch eine Replik. Selbstverständlich brauchte gegenüber einer bonae fidei actio die doli exceptio nicht in die Formel eingerückt zu werden; und die Replik wurde vielleicht auch gegenüber einer formellen doli exceptio nicht als Formelzusatz gefaßt: der Kläger handelte eben nicht chicanös, wenn er wegen der lex Falcidia Rückgabe der Sache begehrte, die er gemäß der Verfügung des Erblassers

92) A. A. Schulting a. a. O. S. 545 ad v. quae linea.

93) Nur die condictio furtiva hat nach l. 10 §. 3 D. de cond. furt. 13, 1 der Erbe nicht, in classischem Rechte nur dann nicht, wenn per vindicationem oder per praeceptionem legirt war, in Justinians Rechte in keinem Falle.

nach Abzug der Quart demnächst zurückzustellen verpflichtet war. Uebrigens wird dem Erben die Vindication des ideellen Theiles, welcher ihm ex lege Falcidia verbleibt, nicht selten reichlich so bequem sein, wie die ererbte Klage auf Rückgabe der Sache. Denn zur Durchführung der letztern muß er möglicherweise erst den Hergang erweisen, infolge dessen der Legatar in den Besitz der Sache gelangt ist, während dieser das Eigenthum des Erblassers, wie bereits bemerkt, [94]) wohl kaum bestreitet, da er ja sein eignes Recht an der vermachten Sache gerade aus jenem Eigenthume herleitet. Und so begreift es sich, daß Scaevola, indem er die Wirksamkeit der ererbten Klage anerkennt, daneben die vindicatio partis als denjenigen Weg nennt, den der Erbe manchmal vorziehen werde. Gegenüber dem Quod legatorum wäre diese Aeußerung ganz ungeeignet.

§. 1845 a.

Spätere Geschichte des Quod legatorum.

7. Mit Einführung der missio Hadrianea hatte das Quod legatorum gerade für den Fall seiner edictsmäßigen Bestimmung, d. h. für die bonorum possessio secundum tabulas, an Bedeutung erheblich verloren. Kraft dieser missio nämlich erlangt der scriptus heres die Ermächtigung, alle Sachen zu beschlagnahmen, welche beim Tode des Erblassers in dessen Besitze gewesen waren, und zwar auch dann, wenn sie ein Dritter auf Grund eines gültigen Singulartitels, jedoch eigenmächtig, occupirt hatte. [1]) Jene Ermächtigung erstreckte sich also auch auf die legatorum

94) S. oben S. 179.

1) L. 3 pr. Cod. de ed. D. Hadr. toll. 6, 33. S. oben §. 1842 Ziffer 9 S. 83 f.

nomine occupirten Nachlaßsachen. Mit dem Wesen des ganzen Verfahrens jedoch war es unvereinbar, dem occupirenden Legatar den Anspruch einzuräumen, daß der immissus, statt von der ihm ertheilten Ermächtigung Gebrauch zu machen, zur Erlangung dieser Sachen sich des Quod legatorum bediene. [1a]) Die missio aber gewährte dem scriptus heres den großen Vortheil, die legatorum nomine occupirten Sachen auch ohne cautio legatorum in die Hand zu bekommen. [2])

Indessen setzte die missio voraus, daß der scriptus heres sie binnen Jahresfrist nachsuchte, [3]) indem er eine äußerlich fehlerfreie Testamentsurkunde vorlegte [4]) und die Obliegenheiten hinsichtlich der Erbschaftssteuer erfüllte. [5]) Wo eine geeignete Urkunde nicht vorgelegt werden konnte, oder wo der scriptus heres sein Gesuch nicht rechtzeitig anbrachte, oder es bezüglich der Erbschaftssteuer an etwas fehlen ließ, — da blieb deshalb das unverjährbare Quod legatorum auch für ihn wichtig. Und auf einen derartigen Fall ist zu beziehen l. un. Cod. h. t. [6])

1a) S. oben §. 1842 Ziffer 9 S. 95.
2) S. oben §. 1841 Ziffer 4 S. 36.
3) S. oben §. 1842 Ziffer 9 S. 84.
4) S. das. S. 84. Ueber den Fall des rein mündlichen Testaments das. S. 86 f.
5) S. das. S. 81 f.
6) S. oben §. 1845 Ziffer 1 a. E. S. 144 f. Nach den thatsächlichen Angaben dieses Rescriptes liegt es am nächsten, in seinem Falle Verjährung der missio vorauszusetzen, welche bei dem inzwischen erfolgten Tode des scriptus heres ja sehr leicht eintreten konnte. In der Compilation, welche für die missio nur die nämliche 30jährige Verjährung kennt, wie für das Interdict, ist l. un. von einem Falle zu verstehen, in welchem die Testamentsurkunde durchstrichen oder sonst zerstört oder abhanden gekommen ist, ohne daß damit die Gültigkeit des Testa-

Während aber der Einfluß der missio Hadrianea auf unser Interdict auffallenderweise gänzlich unberücksichtigt geblieben ist,[7] hat dagegen sein Verhältniß zu l. 5 Cod. de legat. 6, 37 schon seit der Glosse[8] durchaus unnöthige Schwierigkeit bereitet; man hat sogar gemeint, diese Constitution Caracallas habe das Quod legatorum beseitigt.[9] Dieselbe, ein Rescript v. J. 213 an einen gewissen Donatus, lautet:

Non est dubium denegari actionem legatorum ei pro portione competenti in his rebus, quas subtraxisse eum de hereditate apparuerit.

Der Kaiser bekundet hier für ein legatum partitio-

mentes beseitigt worden wäre; oder von einem solchen, in welchem die missio durch ordentliche Ersitzung der pro legato usucapirten Sachen ausgeschlossen ist. S. oben §. 1843 Ziffer 11 S. 115 u. S. 119.

7) Vgl. Heimbach im Rechtslexikon Bd. 5.

8) Ad h. l. v. *Non est dubium*: — Sed prout in legatario intelligis, est contra. D. quod legat. l. 1 in princ. et infra Quod legat. (Cod. 8, 3) l. 1. Solutio . hic subtraxit clam, ibi palam. arg. D. de adm. tut. (26, 7) l. *non existimo* (55) et de ritu nupt. (23, 2) l. fin. (68). Vel ibi ante aditam hereditatem, hic post et post apprehensam possessionem . alioqui idem esset, quod ante aditam hereditatem: ut D. de acq. poss. (41, 2) l. *cum heredes* (23) in princ. sic D. de crim. expil. hered. (47, 19) l. 2. vel distinguendum, an putavit sibi licere, an non: ut Inst. vi bon. rapt. (4, 2) §. *quia* (1). media magis placet. Item videtur contra infra de crim. expil. hered. (Cod. 9, 32) l. *obtentu* (5). sed ibi alii, non legatarii, occuparunt, unde non nocet legatariis.

9) Vgl. den Bericht bei de Retes de interdictis pp. (dictirt i. J. 1660) in Meermann thesaurus tom. VII p. 502 sq. §. XXVII.

nis[10]) als unzweifelhaft geltendes Recht dasselbe, was Paulus lib. 14. resp. für das Universalfideicommiß einer Erbschaftsquote als Inhalt von Responsen bezeugt.

L. 50 (48) D. ad Sc. Trebell. 36, 1: *Paulus* respondit: si certa portio hereditatis alieni relicta proponitur, et is res hereditarias quasdam furatus sit, in his rebus, quas subtraxit, denegari ei petitionem oportere recte respondetur.

Subtrahere oder, wie Paulus es geradezu nennt, furari, bedeutet die heimliche Aneignung der vermachten Sache in rechtswidriger gewinnsüchtiger Absicht, also etwa auch in der Absicht, den Erben, welcher infolge der Entwendung die vermachte Sache selbst zu leisten außerstande ist, für deren Entwendung haftbar zu machen. Besonders häufig aber wird ein subtrahere von Nachlaßsachen vorkommen bei dem Vermächtnisse einer Erbschaftsquote; der Vermächtnißnehmer entfremdet Sachen aus dem Nachlasse, um sie ganz für sich zu behalten.[11]) Der Rechtsnachtheil, welcher als Strafe der Unwürdigkeit des Legatars an die-

10) Hierauf beziehe ich die Worte: pro portione competenti. Auf das Legat der Quote einer einzelnen Sache oder auf ein Legat bezogen, welches kraft der lex Falcidia um eine Quote vermindert worden ist, würden sie völlig nichtssagend erscheinen: es versteht sich von selbst, daß hier die actio legatorum, wie sie von vornherein nur auf die vermachte oder verbleibende Quote geht, auch nur für sie denegirt werden kann. S. unten N. 11.

11) Hier konnte es zweifelhaft sein, in welchem Umfange ihm die Vermächtnißklage denegirt werden solle, ob bis zum Werthe der ganzen Sache, oder nur bis zum Werthe derjenigen Quote, welche ihm aus dem Vermächtnisse zukam. Unsere Stellen entscheiden im letztern Sinne: pro portione competenti, — in his rebus (nicht etwa: usque ad aestimationem earum rerum) quas subtraxit, denegari ei petitionem.

ses subtrahere geknüpft ist, besteht in der Entkräftung des Vermächtnisses, soweit dasselbe die entwendete Sache betrifft:[12]) es verbleibt dem Belasteten. — Eine derartige Entwendungsabsicht nun ist ganz und gar ausgeschlossen bei demjenigen, welcher die ihm vermachte Sache in der Absicht, sie gerade als das ihm zugewandte Vermächtniß zu haben, eigenmächtig aus dem besitzlosen Nachlasse wegnimmt: nach römischer Anschauung begeht er eine Rechtswidrigkeit durchaus nicht; das Quod legatorum ist keineswegs aufgestellt, um eine solche zu ahnden, vielmehr lediglich, um dem bonorum possessor eine besondere Begünstigung zu gewähren.[13]) Von Indignität darf hier beim Legatar ebensowenig die Rede sein, als sich umgekehrt von dem Legatar, der die ihm vermachten Sachen aus dem Nachlasse entwendet, sagen läßt, er besitze dieselben legatorum nomine.[14])

L. 5 cit. hat also das Quod legatorum ganz unberührt gelassen. Könnte man die Aufnahme eines besondern Titels über das Interdict in die Pandekten und den Codex Justinians für ein Versehen der Compilatoren halten, so ist dergleichen völlig ausgeschlossen hinsichtlich der den Codextitel bildenden Constitution Diocletians, welche 80 Jahre nach jenem Rescripte Caracallas unser Interdict mit allen seinen edictsmäßigen Voraussetzungen zur Anwendung bringt.[15])

12) Nicht ganz genau sagt Windscheid Pand. Bd. III §. 671 unter 5 zu N. 8: „Entwendung aus der Erbschaft wird — am Vermächtnißnehmer durch Entziehung des Vermächtnisses zu Gunsten des Beschwerten bestraft.“
13) S. §. 1845 Ziffer 3 S. 157.
14) Donellus ad tit. Cod. quod legat. no. 4 sagt von ihm, er nehme die Sache tanquam alienam, non tanquam suam. (Der Bericht des de Retes a. a. O. über die Darstellung Donells ist ganz ungenau).
15) Heimbach a. a. O. S. 607.

8. Ein bekanntes Edict der Kaiser Arcadius und Honorius v. J. 395 [16]) hat das Quorum bonorum gegen jeden erstreckt, der sich auf Grund eines Singulartitels eigenmächtig den Besitz besitzloser Nachlaßsachen aneignet, also auch gegen den Vermächtnißnehmer, der die ihm vermachte Sache legatorum seu fideicommissorum nomine occupirt. Indem man gleichwohl das Quod legatorum beibehielt, war dieses aus einer Begünstigung des bonorum possessor zu einer Begünstigung des legatorum nomine Occupirenden geworden: dieser konnte verlangen, daß der bonorum possessor statt des Quorum bonorum das Quod legatorum anstelle.

Hatte unser Interdict infolge der geschilderten Hergänge seine ursprüngliche Bedeutung theils verloren, theils bis zum geraden Gegensatze umgestaltet, so erhielt es eine neue, indem es vom bonorum possessor, für den es aufgestellt worden war, auf den heres als solchen erstreckt wurde. Das oft angeführte Rescript Diocletians, l. un. Cod. h. t., v. J. 293, kennt diese Erstreckung offenbar noch nicht: unter den Voraussetzungen des Interdictes wird hier (§. 1) noch das „bonorum possessionem accepisse“ ausdrücklich mit aufgeführt. Unsere Ueberlieferung des Codex Theodosianus enthält keine Erwähnung des Quod legatorum, wie auch Justinians Codex keine Constitution mittheilt, welche dasselbe auf den heres ausgedehnt hat. So ist es nicht unwahrscheinlich, daß dies erst von Justinian geschehen ist, und zwar durch die von uns verzeichneten Interpolationen der das Interdict behandelnden Pandektenfragmente.

Für den heres bot das Quod legatorum den großen Vortheil, daß auch er nunmehr den Besitz der pro legato

16) L. un. Cod. Theod. quor. bon. 4, 21 = l. 3 Cod. J. eod. 8, 2.

occupirten Nachlaßsachen überhaupt zurückerlangen konnte, was bisher ausgeschlossen gewesen war.[16a])

Nun aber hat die Glosse auch dem heres als solchem das Quorum bonorum beigelegt.[17]) Damit hätte bei richtiger Auffassung dieses Rechtsbehelfes das Quod legatorum als Begünstigung des Vermächtnißnehmers gegenüber dem belasteten Intestaterben erscheinen müssen, insofern es voraussetzt, daß seitens des Belasteten der Cautionspflicht wegen des Vermächtnisses genügegeleistet worden ist: der Intestaterbe hätte auf Verlangen des Vermächtnißnehmers diesen mit dem Quod legatorum belangen müssen, statt mit dem Quorum bonorum.

Allein man hat, wie wir gesehen haben,[18]) seit der Glosse die Bedeutung nicht nur des Quorum bonorum, sondern auch der missio ex lege ult. nicht sowohl in ihrer Tragweite gegen die Besitzer von Nachlaßstücken titulo singulari erblickt, als vielmehr in ihrer, wennschon im einzelnen streitigen, summarischen Natur. Darüber hat man dann das Verhältniß des Quod legatorum zum s. g. Einsatze völlig unbeachtet gelassen: aus unseren Lehrbüchern erhält niemand eine Vorstellung davon; das Quod legatorum erscheint hier seltsam genug als ein Vorrecht des belasteten Erben.[19]) Unter diesen Umständen ist es ebenso wenig überraschend, als bedauerlich, daß das Quod legatorum nur noch in der Lehre, nicht aber im Leben, sein verkanntes Dasein zu behaupten scheint; weder Seufferts Archiv, noch die Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen enthalten, soviel ich sehe, eine Spur von ihm.

16a) S. oben §. 1845 Ziffer 1 S. 141.
17) S. oben §. 1844 Ziffer 12 N. 2 S. 122.
18) S. oben §. 1844 Ziffer 13.
19) Es wird genügen zu verweisen auf Windscheid Pand. Bd. 3 §. 649 zu N. 4. 6. Aufl. S. 371 und Dernburg Pand. Bd. 3 §. 99 zu N. 7. 2. Aufl. S. 193.

Sofern es nicht angehen sollte, es wegen seiner Ausdehnung wider jeden spätern Besitzer einer legatorum nomine eigenmächtig occupirten Nachlaßsache,[20]) also in einer Anwendung aufrecht zu erhalten, welche ihm durch den richtig verstandenen Einsatz nicht abgeschnitten oder vielmehr in das Gegentheil seines ursprünglichen Zweckes verkehrt wird, — so möge das Quod legatorum immerhin verschwinden, wie dies im Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich in der That geschieht. Nur sollte die Rechtfertigung hierfür nicht in dem Hinweise darauf gesucht werden,[21]) daß nach §. 1865 des Entwurfs[22]) ein Vermächtniß lediglich ein Forderungsrecht zu begründen vermag, nicht unmittelbar ein dingliches Recht: der Vermächtnißnehmer kann der Vindication der von ihm eigenmächtig aus dem Nachlasse weggenommenen mit blos obligatorischer Wirkung vermachten Sache die Berufung auf das Vermächtniß entgegensetzen.[23])

20) S. oben §. 1845 Ziffer 5 S. 169.

21) Motive Bd. 5 S. 597 zu §. 2088.

22) Nicht ersichtlich ist mir, inwiefern die Bedeutungslosigkeit des Quod legatorum auf §. 1877 des Entwurfs gestützt werden kann, welcher die Fälligkeit des einem Vermächtnißnehmer auferlegten Vermächtnisses von der Fälligkeit des diesem selbst zugewandten Vermächtnisses abhängig macht.

23) S. oben § 1845 Ziffer 1 N. 4 S. 141.

Lib. XLIII. Tit. IV.

Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit.[1])

§. 1846.

1. In diesem Titel haben die Compilatoren drei verschiedene Arten von Rechtsbehelfen zusammengestellt:

1) eine actio in factum auf Schadensersatz, welche jeder Immittirte wegen erlittener Verhinderung an der Ausführung der missio in bona hat;

2) drei Interdicte zum Schutze besonderer Missionsfälle;

und endlich

1) Lenel edict. perp §§. 216. 230. 231. 246. Friedr. Hellmann über Missio in possessionem im römischen und im heutigen Rechte (in: Festgabe zum Doctor-Jubiläum des Herrn Geheimen Raths und Professors Dr. Joh. Jul. Wilh. v. Planck von der Juristen-Fakultät zu München überreicht. München 1887 S. 229—271). — Die ältere Literatur ist deshalb hier unerwähnt geblieben, weil sie bei jeder missio die Concurrenz eines prohibitorischen Interdictes mit einer actio in factum annahm. Vgl. Schmidt Interdictenverfahren S. 307 f. unter 5. Daß die missio rei servandae causa durch ein Interdict nicht geschützt war, hat übrigens bereits Rudorff, de iuris dictione edictum §. 269, bemerkt, nicht erst Lenel, wie Thl. 2 dieser Serie des Commentars S. 358 N. 49a angegeben ist.

3) die actio in factum dessen, der an der ihm kraft der missio damni infecti nomine gestatteten Besitzergreifung oder schon an der Erwirkung jener missio verhindert worden ist, auf Leistung des nämlichen Betrages, welchen er infolge geschehener Bestellung der cautio damni infecti erhalten haben würde.

Wir werden diese Klagen in der aufgeführten Reihenfolge nach einander betrachten.

I. Die actio in factum auf Schadensersatz wegen Verhinderung an der Ausführung der missio.

Auf diese Klage beziehen sich die beiden ersten Fragmente unseres Titels.

Zunächst wird uns das Edict mitgetheilt, in welchem der Prätor ein iudicium verheißt.

L. 1 pr. D. h. t. (*Ulpian.* lib. 62. [2]) ad ed.):

Ait praetor: „Si quis dolo malo fecerit, quo minus quis permissu meo eiusve, cuius ea iurisdictio fuit, [2a]) in possessionem bonorum sit, in eum in factum iudicium, quanti ea res fuit, [3]) dabo."

2) Daß so, nicht mit der Florentina 72, gelesen werden muß, ergiebt sich aus der Vergleichung mit dem Edictscommentare des Paulus, der diesen Gegenstand in Buch 59 behandelt, welches im übrigen dem 62. Buche des ulpianischen Commentars entspricht, sowie daraus, daß andere Bruchstücke aus Buch 62 des letztern Commentars (l. 9 und l. 15 D. de reb. auct. 42, 5) die missio in bona behandeln. Vgl. Lenel ed. perp. §. 216 S. 341 N. 8 und palingen. vol. II col. 789 ff.

2a) Nach l. 7 pr. D. de damn. inf. 39, 2 und unter Bezugnahme auf Prob. Einsidl. 74 (Q. M. E. = quae mea est) schaltet Lenel ed. perp. S. 341 zu N. 11 ein: quae mea est.

3) erit *scr.* M. cf. l. 1 cit. §. 15.

Die Unentbehrlichkeit dieses Edicts begründet Ulpian in l. 1 cit. §. 1: Hoc edictum [4]) summa providentia praetor proposuit: frustra enim in possessionem mitteret rei servandae causa, nisi missos tueretur et prohibentes venire in possessionem coerceret.

Hiernach ist unser Edict hervorgerufen durch die Rücksicht auf die missio rei servandae causa; bis dahin hat es an einer Klage zu deren Sicherung gefehlt. Selbstverständlich aber konnte man zu keiner Zeit ihre Durchführung vom guten Willen der Mitbürger abhangen lassen; wir werden also zu der Annahme gedrängt, daß ursprünglich der immittirende Magistrat seine missio durch die Zwangsmittel seines imperium schützte. Dies ließ sich durchführen, solange auch den Municipalmagistraten imperium zukam. Seitdem aber nur ein höherer Magistrat die missio ertheilen konnte, war es unthunlich, jede missio ausschließlich kraft des imperium zu sichern: jetzt wurde eine auch den Municipalmagistraten zuständige Klage unabweisbares Bedürfniß. [5]) Anders verhielt es sich mit den missiones legatorum servandorum, ventris, damni infecti nomine: diese standen bereits unter dem Schutze besonderer prohibitorischer Interdicte. War indessen für sie die neue Klage kein unbedingtes Bedürfniß, so ließ sich doch kaum verkennen, daß dieselbe den Vorzug der Bequemlichkeit vor dem Interdicte insofern hatte, als sie auch vor einem Municipalmagistrate sich erheben ließ, während umgekehrt das im Interdicte ausgesprochene Verbot künftiger Behin-

4) Die verbreitete, auch von Holoander aufgenommene, Lesart „interdictum“ statt „edictum“ hat ohne Zweifel wesentlich zu dem in N. 1 erwähnten Irrthume beigetragen.

5) Vgl. Thl. 2 dieser Serie des Commentars §. 1839 Ziffer 115 S. 358 ff.

derung in der Ausführung der missio, welches nur mittels des Interdictes erfolgen konnte, oft zwecklos erscheinen mußte. Dem entsprechend lautet das Edict so allgemein, daß es alle Fälle der missio in bona umfaßt. Dies hebt denn auch Ulpian in unmittelbarem Anschlusse an seine, allerdings auf die missio rei servandae causa beschränkte, Begründung des Edictes hervor.

L. 1 cit. §. 2:

Est autem generale hoc edictum: pertinet enim ad omnes, qui in possessionem a praetore missi sunt: convenit enim praetori omnes, quos ipse in possessionem misit, tueri . sed sive rei servandae causa sive legatorum aut ventris nomine in possessionem missi fuerint, habent ex hoc edicto in factum actionem, sive doli sive aliter prohibuerint. [6])

Es scheint gemäß vorstehender Ausführung kein Anlaß zu Lenels [7]) Vermuthung vorzuliegen, daß diese Stelle im ganzen interpolirt sei: Ulpian beschränkt in der That die verheißene Klage in §. 1 cit. gar nicht auf die missio rei

6) Die Basiliken (LI, 5, 1) geben die, jedenfalls in dem „doli" verderbten, Schlußworte wieder: εἴτε δόλῳ εἴτε ἄλλως κωλυθῶσιν; fünf der ältesten Vulgathandschriften lesen: sive dominus sive alter prohibuerit. Unter diesen Umständen lassen wir es mit Lenel palingen. col. 781 n. 4 dahingestellt, ob die Lesart der Florentina einem Abschreiber oder den Compilatoren zur Last zu legen ist: glücklicherweise kann der Satz: sive — prohibuerint ganz unberücksichtigt bleiben. Die Conjectur Schmidts Interdictenverfahren S. 308 N. 27: sive adversarii vi sive aliter prohibuerint — verliert ihre Grundlage mit der Annahme, daß auch die missio rei servandae causa durch ein prohibitorisches Interdict geschützt gewesen sei, auf welches Schmidt das von ihm vermuthete vi bezieht.

7) Palingen. l. c. n. 3.

servandae causa; und noch weniger thut er das in §. 5, wo er zur Veranschaulichung des Begriffs „quanti ea res erit" ein Beispiel von dieser missio wählt. Vielmehr paßt, um das nochmals zu betonen, der Wortlaut des Edictes auf alle Fälle einer missio in bona; und in den Worten der l. 2 §. 2 i. f. h. t.:

— si mulier velit in factum actione uti ad exemplum creditorum magis quam interdicto, posse eam experiri sciendum est —

ist nicht sowohl davon die Rede, daß die ventris nomine missa sich einer actio ad exemplum actionis creditorum, d. h. einer utilis actio, bedienen könne, als vielmehr davon, daß sie ad exemplum creditorum die actio in factum ebenfalls habe. [8]) Worin hätte auch die Fassung jener utilis actio von derjenigen der edictsmäßig verheißenen Klage sich unterscheiden sollen?

Die Nichterwähnung der missio damni infecti nomine in l. 1 §. 2 cit. erklärt sich am einfachsten daraus, daß diese missio sich auf das gefahrdrohende Grundstück beschränkt, während unsre Klage für missiones in bona bestimmt ist. [8a]) Uebrigens würde unsre actio in factum für die missio damni infecti nomine kaum praktische Bedeutung gewonnen haben, da das Ziel der Verurtheilung, worauf sie gerichtet ist, weit schärfer in der eigenthümlichen actio in factum vorgezeichnet ist, welche das Edict über die cautio damni infecti verheißt. [9])

8) Vgl. Glossa ad h. l.: ad exemplum creditorum . pro quibus maxime est hoc edictum ut supra eod. l. 1 *sed sive rei* (§. 2). A. M. Schmidt a. a. O. S. 308 N. 26.

8a) Burckhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39 und 40 Thl. 2 Ziffer 45 S. 584 f.

9) L. 7 pr. D. de damn. inf. 39, 2. S. unten Ziffer 3.

Ulpian führt nun in l. 1 cit. weitläufig aus, wer mit unsrer actio in factum hafte.

Zunächst bemerkt er, daß sie sich nicht nur gegen denjenigen richtet, der die kraft der missio gestattete Beschlagnahme von vornherein verhindert, sondern nicht minder gegen denjenigen, welcher dem Immittirten die durch die Beschlagnahme bereits erlangte Innehabung wieder entzieht; und daß jene Behinderung wie diese Entziehung auch dann haftbar macht, wenn dabei Gewalt nicht angewandt wird.

L. 1 cit. §. 3:

Haec actio non tantum eum tenet, qui prohibuit quem venire in possessionem, sed etiam eum, qui possessione pulsus est, [10]) cum venisset in possessionem: nec exigitur, ut vi fecerit, qui prohibuit.

Als Voraussetzung der Klage stellt das Edict dolus malus des Verhindernden hin; es haftet also nicht, wer, wenn auch irrig, glaubte, die Sache, an deren Beschlagnahme oder Innehabung er den Gegner verhindert hat, unterliege gar nicht der ertheilten missio, einerlei, ob er sich selbst Eigenthum oder Pfandrecht an jener Sache beilegte, oder ob er annahm, daß dasselbe nur nicht zu derjenigen Masse gehörte, worin die missio ertheilt war, z. B. bei der missio rei servandae causa nicht zum Vermögen des klägerischen Schuldners.

L. 1 cit. §. 4:

Si quis ideo possessione arcuerit, [11]) quia rem suam

10) Die Basil. LI, 5, 1 lesen: *ἐνάγεται δὲ καὶ ὁ κωλύων καὶ ὁ ἐξωθῶν.* Mommsen schlägt vor: non tantum tenet, cum quis prohibuit quem venire in possessionem, sed etiam cum quis possessione pulsus est; D. Gothofredus wollte nach Schulting ad h. l. lesen: sed etiam eum, a quo quis etc. Ueber den Sinn kann kein Zweifel bestehen.

11) creditorem *ins.* M.

putabat vel sibi nexam vel certe non esse debitoris, consequens est, ut hoc edicto non teneatur.

Bemerkenswerth ist, daß nach dieser Stelle die missio rei servandae causa sich nicht bezieht auf die einem Dritten verpfändeten Sachen des Gegners. Sie ist hier deshalb nothwendig ausgeschlossen, weil nach römischem Rechte der Pfandgläubiger, und zwar auch der bloße Hypothekar, soweit er mittels seines Pfandrechtes Befriedigung sucht, an dem durch die missio in bona eingeleiteten Concurse seines Schuldners nicht theilnimmt, m. a. W. weil die verpfändeten Sachen zur Concursmasse ihres Eigenthümers nicht gehören.

Da die Klage dolus des Beklagten voraussetzt, haftet ihr ein Unzurechnungsfähiger nicht, ein Unmündiger also nur dann, wenn er im Augenblicke der That doli capax war. Hat der Vormund eines Willensunfähigen den in des letztern Vermögen Immittirten dolos an der Ausführung der missio verhindert, so haftet der Mündel mindestens auf den Betrag seiner dadurch bewirkten Bereicherung; ist der Vormund ersatzfähig, so haftet zwecks Abkürzung des Verfahrens der Mündel in solidum.[12]) Natürlich kann der behinderte immissus in jedem Falle auch den Vormund selbst belangen.

L. 1 cit. §. 6:

Hoc edicto neque pupillum neque furiosum teneri constat, quia affectu carent . sed pupillum eum debemus accipere, qui doli capax non est: ceterum si iam doli capax sit, contra erit dicendum . ergo et si tutor dolo fecerit, in pupillum dabimus actionem, si

12) S. Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1837 Ziffer 69 N. 73 S. 416. Vgl. l. 61 D. de adm. tut. 26, 7. l. 21 §. 1 D. de pec. 15, 1. l. 1 D. quando ex facto tut. 26, 9.

modo solvendo sit tutor: sed et ipsum tutorem posse conveniri *Julianus* scribit.

Hat ein Gewaltunterthäniger mit dem Willen des Gewalthabers den Immittirten verhindert, so haftet der Gewalthaber, als ob er selbst die Verhinderung vorgenommen hätte: der Thäter gilt nur als sein Werkzeug.

L. 1 cit. §. 7:

Si domini vel patris voluntate prohibitus quis sit a possessione, in ipsos dabitur actio, quasi per alios hoc fecerint.

Wäre dagegen die dolose Verhinderung des missus durch den Gewaltunterworfenen ohne Zustimmung von dessen Gewalthaber vorgenommen, so würde Letzterer im classischen Rechte ohne Zweifel mit einer actio noxalis gehaftet haben.

Daß umgekehrt derjenige, der die Durchführung der missio im Interesse eines Dritten verhindert, ebenso haftet, wie derjenige, der es im eignen Interesse thut, sagt uns l. 2 §. 1 D. h. t.

(*Paul.* lib. 59. ad ed.): Item tam is tenetur, qui suo nomine, quam qui alieno nomine prohibuit.

Mitten in die Erörterung über die Person des Beklagten hat Ulpian eine Bemerkung eingeschoben, welche den Inhalt der Verurtheilung betrifft. Dieser ist in dem die Klage verheißenden Edicte auf „quanti ea res erit, ob quam in possessionem missus erit," abgestellt;[13]) damit aber ist nicht der Sachwerth des Gegenstandes gemeint, auf den sich die Behinderung bezieht, sondern das Interesse des Klägers an unbehinderter Durchführung der missio. Steht mithin dem missus in Wahrheit der angebliche, persönliche oder dingliche, Anspruch gar nicht zu, dessen wegen

13) S. auch l. 14 pr. D. quib. ex c. in poss. 42, 4 (Paul. lib. 2. quaest.): Si quis creditorem prohibuerit bona debitoris ingredi, datur in eum actio, quanti ea res sit.

ihm die missio ertheilt worden ist, oder wird jener Anspruch durch eine exceptio entkräftet, so kann der Beklagte, ungeachtet er den Gegner thatsächlich verhindert hat, doch nicht verurtheilt werden: es fehlt dem Kläger jedes rechtliche Interesse; die missio ist ohne wahren Grund ertheilt worden.

L. 1 cit. §. 5:

Haec verba „quanti ea res erit, ob quam in possessionem missus erit“ continent utilitatem creditoris, ut quantum eius interest possessionem habere, tantum ei qui prohibuit condemnetur. proinde si ob falsum creditum vel ob falsam petitionem missus est in possessionem vel si exceptione summoveri potuit, nihil ei debet prodesse hoc edictum, quia propter nullam causam in possessionem missus est.

Hinsichtlich der rechtlichen Anerkennung eines Interesse ist übrigens ein Unterschied zwischen der missio rei servandae causa und der missio legatorum nomine zu beachten. Während eine bedingte Vertragsforderung, falls nicht etwa eine iusta causa eine Ausnahme gebietet,[13a]) zur Zeit nicht einmal ein Anrecht auf Cautionsleistung giebt und deshalb auch nicht durch missio in bona geschützt ist, gewährt bereits ein bedingtes Legat den Anspruch auf die cautio legatorum servandorum causa und bei deren Ausbleiben auf die missio legatorum nomine in diejenigen Nachlaßstücke, die dem Belasteten zugefallen sind. Wird nun der legatorum nomine missus an Durchführung der missio noch pendente legati condicione behindert, so geht seine actio in factum zwar nicht auf sein Interesse an Erfüllung des Legates, wohl aber auf sein Interesse an der Sicher-

13a) L. 41 D. de iud. 5, 1. l. 38 pr. D. pro soc. 17, 2. L. 6 pr. D. quib. ex c. in poss. 42, 4. Vgl. l. 7 §. 14 eod. und dazu Enneccerus Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin Beilage I S. 584 f.

stellung desselben; dieses besteht im Sachwerthe des legirten Gegenstandes.

L. 14 §§. 1. 2 D. quib. ex caus. in poss. 42, 4: (*Paul.* lib. 2. quaest.) Sed et si quis legatorum servandorum causa missus in possessionem admissus non est, si legati condicio pendeat, licet possit deficere, aestimatur tamen id, quod legatum est, quia interest eius cautum habere. §. 2. Creditor autem condicionalis in possessionem non mittitur, quia is mittitur, qui potest bona ex edicto vendere. [13b])

13b) Viel gestritten ist darüber, wie §. 2 cit. sich vertrage mit l. 6 pr. eod. (Paul. lib. 57. ad ed.): In possessionem mitti solet creditor, etsi sub condicione pecunia ei promissa sit. Enneccerus a. a. O. S. 585 f. sucht die Vereinbarung, indem er §. 2, unter Berufung auf das „autem," im engsten Zusammenhange mit §. 1 auffaßt. Er umschreibt §. 2 so: „Wie ein bedingter Gläubiger aber kann er [nämlich der mit einem noch bedingten Legate Bedachte] nicht immittirt werden (nämlich in bona debitoris), weil nur derjenige immittirt wird, der (eventuell) verkaufen kann." Möchte diese Auffassung bei poetischer Sprache immerhin zulässig sein, so verträgt sie sich doch schwerlich mit der prosaischen Ausdrucksweise eines Juristen: bei dieser scheint sie mir nur dann erträglich, wenn zugleich eine Veränderung der ursprünglichen Wortfassung vorausgesetzt, und mindestens als solche Fassung etwa angenommen wird: quasi creditor etc. Und wenn Enneccerus seiner Umschreibung beifügt: „Er aber — würde auch nach eingetretener Bedingung keinenfalls verkaufen können, da nur derjenige verkaufen kann, der schon zur Zeit der missio Gläubiger war, und das trifft beim bedingten Legatar nicht zu" —, so scheint mir das auf eine petitio principii hinauszulaufen. Hätte überhaupt der mit einem bedingten Legate Bedachte missio in bona erhalten, so würde er sicherlich ohne weiteres die bona auch haben verkaufen dürfen, so-

Fällt das ursprünglich vorhandene Interesse des immissus prohibitus vor der Verurtheilung des Verhinderers weg, so erlischt damit der Klaganspruch. Hiervon handelt

L. 51 §. 1 D. de re iud. 42, 1:

(*Paul.* lib. 2. manualium): Si quis creditorem missum in possessionem rei servandae causa non admiserit, si venditor praestiterit creditori, quanti eius interfuerit, quaesitum est, an debitor liberetur. et puto improbum esse eum, qui velit iterum consequi, quod accepit.

Die Schwierigkeit dieser Stelle steckt in dem „venditor;" wer ist darunter zu verstehen? Die Glosse stellt eine Reihe von Erklärungen zur Auswahl: id est debitor, qui ideo non admisit, ut libere venderet, et quod infra

bald zu den übrigen Erfordernissen der venditio bonorum die Erfüllung der Bedingung hinzutrat: es ist nicht ersichtlich, weshalb hierfür nachträglich eine nochmalige missio hätte erwirkt werden sollen, die ja eben nichts weiter zu gewähren vermochte als das ius vendendi, dessen Rechtfertigung doch schon in dem nunmehr vorhandenen Vermächtnißrechte gegeben ist. — Ließe sich nicht in l. 14 §. 2 cit. der Ausdruck der Regel sehen, nach welcher eine bedingte Vertragsforderung den Anspruch auf missio in bona nicht gewährt, während l. 6 pr. eod. sich auf die Ausnahme für den Fall einer iusta causa bezieht? Der creditor, welcher, obwohl ihm sub condicione pecunia promissa est, ex iusta causa schon jetzt Caution verlangen kann, ist eben dieses, wenngleich nur mittels der missio erzwingbaren, Anspruchs halber gar nicht mehr creditor condicionalis. Das „autem" in l. 14 §. 2 cit. würde sich dabei auf das beste erklären als Gegensatz zu dem in §. 1 erörterten Falle des bedingten Legates, in welchem ohne weiteres eine missio (in die dem Belasteten zukommenden Nachlaßstücke) stattfindet, sobald die cautio legatorum unterbleibt.

dicit *debitor*, pro eodem ponit . vel dic ***venditor*** id est executor sive officialis, qui vendidit ipsam rem, in cuius possessionem iussus erat mitti creditor, et solvit ei . vel dic tertio, quod in fraudem creditorum vendidit debitor . unde emptor conventus fuit actione in factum ex edicto infra *quae in fraudem creditorum* (42, 8) l. prima, et non veniente eo iussus fuit creditor mitti in possessionem bonorum emptoris et non fuit admissus: unde conventus fuit actione in factum ex edicto infra *ne vis fiat ei* (43, 4) l. prima . liberatur ergo debitor. Idem si alius creditor vel etiam prorsus extraneus impediat missionem . nam potest conveniri dicta actione in factum: ut infra titulo tertio (42, 4) l. *si quis* (14) in principio. Alii, quod quidam emit actionem creditoris, et ei solvit sic venditor, id est emptor (*sic*!). Diese verwirrende Fülle zeigt genugsam, wie wenig alles Gebotene befriedigt. Cujaz obs. XII, 23 will statt *venditor* lesen *debitor* und dann *an debito liberetur* statt *an debitor liberetur*, indem er den Thatbestand von einer Verhinderung des immittirten Gläubigers durch den Schuldner und von der Leistung des Letztern aus der actio in factum versteht; diese Leistung solle nach Analogie der l. 3 §. 15 D. de tab. exh. 43, 5 die ursprüngliche Schuld tilgen. Für diesen Thatbestand aber würde der Ausdruck: Si quis creditorem — non admiserit, si debitor etc. von einer unerträglichen Härte sein; wie einfach hätte gesagt werden können: Si debitor creditorem — non admiserit, postea autem ei praestiterit etc.! Th. Mommsen[14]) versteht die Stelle so: der rei servandae causa immittirte, vom Schuldner jedoch nicht zugelassene Gläubiger hat hinterher von einem andern in die nämliche Sache immittirten Gläubiger aus dem Erlöse eben dieser

14) In seiner großen Ausgabe der Digesten ad h. l.

Sache den Betrag seines Interesse, d. h. seiner ursprünglichen Forderung nebst den Unkosten, erhalten, und infolge davon ist der Schuldner sowohl von seiner ursprünglichen Verpflichtung befreit, als von der Strafverbindlichkeit wegen verhinderter Durchführung der missio. Hierbei bleibt indessen m. E. völlig unerklärt, wie der andere Gläubiger dazu kommt, aus dem Erlöse der von ihm verkauften Sache jenen ersten zu befriedigen. Ohne Zweifel bezieht sich die Erörterung des Paulus auf einen Hergang, der im gewöhnlichen Laufe der Dinge lag, nicht auf irgend ein ganz vereinzeltes Vorkommniß. Ein derartiger Hergang dürfte sich durch folgende Betrachtung ergeben. Die Schädigung, welche der rei servandae causa immittirte Gläubiger durch Verhinderung an der Beschlagnahme und Innehabung einzelner Gegenstände der Immissionsmasse erleidet, besteht im classischen Rechte wesentlich [14a]) darin, daß der bonorum emptor einen geringern Procentsatz der Forderungen zusagt, als er zugesagt haben würde, wenn jener Gegenstand sich thatsächlich in der Concursmasse befunden hätte. Der dadurch dem Gläubiger entgehende Betrag ist eben das Interesse, welches er mit unsrer actio in factum einklagen kann. Unter Umständen indessen wird es auf die Vereinbarung des Procentsatzes der Forderungen ohne Einfluß bleiben, daß einzelne Vermögensstücke thatsächlich noch nicht zur Masse herangezogen sind, — nämlich dann, wenn sich mit Sicherheit annehmen läßt, der bonorum emptor werde dieselben kraft der auf ihn übergehenden Klagen erlangen. Und ein Gläubiger, dem das privilegium exigendi zusteht, wird durch die Verhinderung an der missionsmäßigen Beschlagnahme einzelner Sachen solange überhaupt nicht geschädigt, als der bonorum emptor die privilegirten Forde-

14a) D. h. abgesehen von einem Schaden, der bei der Verhinderung zufällig eingetreten ist.

rungen noch voll auszahlt. So gewiß in diesen Fällen für den, der die Durchführung der missio absichtlich hindert, die Pflicht begründet ist, allen durch sein Vorgehen erwachsenden Schaden zu ersetzen, ebenso gewiß scheint es sein zu müssen, daß diese Ersatzpflicht inhaltslos bleibt, wenn der Gläubiger keinen Schaden erleidet. Indessen begreift sich der Zweifel daran, ob der schließliche Verlauf des Concurses die, eine Ersatzpflicht begründende, Widerrechtlichkeit entsühne: er entspringt aus dem Strafzwecke der Ersatzklage. Paulus hält es gleichwohl für unbillig, daß der Gläubiger, dessen Interesse gedeckt ist, den Betrag desselben poenae nomine nochmals eintreibe. Hiernach verstehen wir unter dem debitor, dessen Befreiung fraglich ist, nicht den Schuldner der Forderung, welche die missio veranlaßt hat, sondern denjenigen, der sich durch Verhinderung des Immittirten ersatzpflichtig gemacht hat. — Für Justinians Recht gestalten sich die dargestellten Fälle dahin: die Ersatzpflicht erlischt, wenn es dem Concurscurator gelingt, die der Beschlagnahme widerrechtlich entzogenen Sachen hinterher zur Masse zu bringen, und sie findet gegenüber einem privilegirten Concursgläubiger solange überhaupt nicht statt, als die Masse zur vollständigen Deckung seiner Forderung ausreichend bleibt. Hatte Paulus etwa gesagt: si bonorum emptor[15]) praestiterit creditori —, so hätten die Compilatoren dafür setzen können: si distractio bonorum praestiterit creditori, quanti eius interfuerit. Sie scheinen jedoch den ihnen überlieferten Text hinsichtlich der bezeichneten Ausdrücke überhaupt nicht geändert zu haben, — vielleicht deshalb nicht, weil sie in diesem Zusammenhange den Ausdruck „bonorum emptor“ nicht in seiner technischen Bedeutung nahmen, sondern in wörtlichem Sinne als „Käu-

15) Dies vermuthet auch Lenel palingen. vol. I. col. 1139 n. 4 zu nro. 1013.

fer der Vermögensstücke," nämlich der widerrechtlich der Beschlagnahme entzogenen Sachen. Jedenfalls haben die Basiliken (IX, 3, 51) in unsrer Stelle nicht, wie die Florentina, „venditor" gelesen, sondern „emptor." Auch sehe ich nicht, weshalb die Auffassung, die sie, vermuthlich gerade durch dieses Wort veranlaßt, dem Ausspruche des Paulus leihen, nicht bereits diejenige der Compilatoren selbst gewesen sein sollte. Sie lautet:

Τὸν πεμφθέντα εἰς νομὴν τῶν ἐμῶν μὴ δεξάμενος ἐπώλησα ταῦτα· εἰ ὁ ἀγοραστὴς πληρώσει τὸ διαφέρον, ἐλευθεροῦμαι.

Sachlich erhellt daraus freilich nur, daß die Stelle unverständlich geblieben war. — Das „venditor" der Florentina dagegen ist möglicherweise nichts weiter, als eine irrige Auflösung einer, vielleicht an sich schon fehlerhaften, Abkürzung, welche die als Vorlage benutzte Handschrift angewandt hatte;[16]) doch könnte sie bereits einem mißlungenen Versuche entsprungen sein, die unverstandene Ueberlieferung zu berichtigen.

Aus der angegebnen Bedeutung der Edictsworte „quanti ea res erit" endlich leitet Paulus her, daß die Klage auch dann begründet sei, wenn der Immittirte nicht in eigner Person behindert worden ist, sondern in der Person eines Stellvertretes oder Gehülfen.

L. 2 cit. pr.:

Suo quis an alieno nomine prohibitus sit, nihil interest: haec enim verba „quanti ea res est" referenda sunt ad personam domini.

Den Schluß des ulpianischen Fragments (l. 1 D. h. t.) bildet die Erörterung über Verjährung und Vererbung der Klage. Während dieselbe activ unbedingt vererbt, wird sie im allgemeinen als annalis und als passiv unvererblich

16) Lenel a. a. O. vermuthet: uemptor.

bezeichnet, weil sie pönal ist. Eine Ausnahme jedoch von Verjährbarkeit und passiver Unvererblichkeit soll sie machen, sofern sie zum Schutze der missio legatorum nomine stattfindet.

L. 1 cit. §. 8:

Hanc actionem excepta legatorum missione intra annum competere et non postea sciendum est, cum sit poenalis, nec in heredes similesque personas dabitur, nisi in id, quod ad eas pervenit: sed heredi similibusque personis dabitur . nam cum prohibitus quis est legatorum vel fideicommissorum causa possessionem adipisci, tunc actio et perpetua est et in heredem dabitur, quia est in potestate successorum evitare interdictum satisdatione oblata.

Nach einer frühern Ausführung dieses Commentars [17]) hat das in l. 1 §. 8 cit. auf die missio legatorum nomine Bezügliche ursprünglich nicht von unsrer actio in factum gehandelt, sondern von der Wirkung des interdictum Ne vis fiat ei, qui legatorum nomine missus est, [18]) nämlich von der Unverjährbarkeit der sponsio ex interdicto reddito und des an dieselbe sich anschließenden Klagverfahrens, sowie davon, daß infolge der Auswirkung des Interdicts gegen den mit einem Legate Belasteten dessen Erben wegen der von ihnen ausgehenden Behinderung des Impetranten an der Beschlagnahme oder an der Innehabung der Nachlaßstücke ohne weiteres zur sponsio ex interdicto genöthigt und demgemäß mit dem iudicium secutorium belangt werden konnten. Die hierin liegende Abweichung von der regelmäßigen Annalverjährung der sponsio ex inter-

17) Thl. 1 dieser Serie §. 1837 Ziffer 67 S. 397 ff. §. 1837b Ziffer 77 S. 493 f.

18) Vgl. die Worte: quia est in potestate successorum evitare **interdictum** satisdatione oblata.

dicto reddito und des agere ex sponsione, sowie von der regelmäßigen Unverbindlichkeit eines gegen den Erblasser erwirkten prohibitorischen Interdictes für die Erben findet ihre Begründung in der Thatsache, daß bei der missio legatorum nomine [19]) die Rechtspflicht des Impetraten sachlich nicht blos auf dem Interdicte beruht, sondern auf einem unverjährbaren und vererblichen Verhältnisse, nämlich auf der Cautionspflicht des Legatenträgers. Mit dem Wegfallen des Interdictenverfahrens aber ist der Inhalt des iudicium secutorium in die actio extraordinaria übergegangen, welche nunmehr ex causa interdicti stattfindet. Soweit diese Klage Schadensersatz verfolgt, hat sie den Inhalt der edictsmäßigen actio in factum des missus in sich aufgenommen, geht jedoch in unserm Falle eben deshalb über dieselbe hinaus, weil das in ihr fortlebende iudicium secutorium perpetuum und vererblich ist. Nun betrachteten die Compilatoren ausweislich ihrer Zusammenstellung der von der actio in factum redenden l. 1 (*Ulp.* lib. 62. [20]) ad ed.) und l. 2 (*Paul.* lib. 59. ad ed.) mit der von den interdicta Ne vis fiat des legatorum nomine missus und der ventris nomine missa handelnden l. 3 (*Ulp.* lib. 68. ad ed.) in unserm Titel beiderlei Rechtsbehelfe, soweit beide auf Schadensersatz gehen, im allgemeinen als verschmolzen. Folgeweis bezogen sie das, was Ulpian von der Unverjährbarkeit und der passiven Vererblichkeit der sponsio aus dem Interdicte und des an dieselbe sich anschließenden Klagverfahrens gesagt hatte, auf die actio in factum des legatorum nomine missus. Selbstverständlich mußten sie dabei jede Erwähnung des beseitigten Verfahrens ausmerzen, wie

19) Und ebenso beim interdictum de migrando. S. Thl. 1 §. 1837 Ziffer 67 S. 391 ff. §. 1837b Ziffer 77 S. 495.

20) S. oben N. 2 S. 192.

wahrscheinlich die Worte „actio et perpetua“ für die von Ulpian gebrauchte Bezeichnung der sponsio gesetzt sind, — während die Erwähnung des interdictum als solchen in der veränderten Bedeutung der Compilation stehen bleiben konnte. Im übrigen dürfen wir auf unsere früheren Ausführungen verweisen.

Schließlich erfahren wir aus Gai. IV, 177, daß die Anstellung der actio in factum wegen Verhinderung in Durchführung der missio für den Kläger nicht ungefährlich war: er setzte sich damit einem contrarium iudicium aus, infolge dessen er im Falle der Abweisung seiner Klage auf den fünften Theil des von ihm begehrten Betrages verurtheilt wurde.

> Contrarium autem iudicium ex certis causis constituitur, veluti si iniuriarum agatur, et si cum muliere eo nomine agatur, quod dicatur ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse, et si quis eo nomine agat, quod dicat se a praetore in possessionem missum ab alio quo admissum non esse. sed adversus iniuriarum quidem actionem decimae partis datur, adversus vero duas istas quintae.

II. Die Interdicte zum Schutze der missiones legatorum, ventris, damni infecti nomine.

2. Drei Fälle der missio waren von altersher [21]) durch Interdicte geschützt: die missiones legatorum servandorum causa, ventris nomine, damni infecti.

a. Das Interdict zum Schutze der missio legatorum servandorum causa.

Von diesem Interdicte handeln in unserem Titel l. 1 §. 8 und l. 3 pr. und §. 1.

21) Vgl. Thl. 2 dieser Serie des Commentars §. 1839 Ziffer 115 S. 357 ff.

Daß dasselbe im Album aufgestellt war, ersehen wir aus l. 5 §. 27 D. ut in poss. legat. 36, 4:

(*Ulp*. lib. 52. ad ed.) Missus in possessionem si non admittatur, habet interdictum propositum: aut per viatorem aut per officialem praefecti aut per magistratus introducendus est in possessionem.

Nach dem Zusammenhange dieser Stelle ergiebt sich, daß das Interdict für Legate aufgestellt worden ist; für diese war Cautionsleistung bereits vor der Klagbarkeit der Fideicommisse vorgeschrieben;[22]) auf sie allein, nicht auch auf Fideicommisse, war ohne Zweifel der Wortlaut des Edictes berechnet, welcher beim Ausbleiben der Caution eben diejenige missio angeordnet hat, zu deren Schutze unser Interdict dient: dieser Wortlaut nimmt ausschließlich auf solche Vermächtnisse Bezug, welche ab herede hinterlassen sind.[23]) Nachdem jedoch die cautio legatorum[24]) und die missio legatorum servandorum causa[25]) auf Fideicommisse erstreckt worden waren, ergab sich die analoge Erstreckung unseres Interdictes auf diese Vermächtnißart von selbst; und bei dieser blieb es auch dann, als das Inter-

22) L. 1 §. 15 D. ut legat. 36, 3 (Ofilius). Lenel ed. perp. §. 172 S. 297 N. 1.

23) Lenel a. a. O. N. 8. Das Edict lautete nach ihm: Eum, qui legatorum servandorum causa (ex edicto meo) caveri oportebit, si per eum non stabit, quo minus eo nomine caveatur, legatorum servandorum causa simul cum herede (l. 5 pr. D. ut in poss. legat. 36, 4) in possessionem bonorum, quae in causa hereditaria erunt dolove malo heredis (l. 5 cit. §§. 13 sq.) esse desierint, esse iubebo.

24) L. 14 pr. D. ut legat. 36, 3: (Ulp. lib. 79. ad ed.) Haec stipulatio et in fideicommissis locum habet.

25) Vgl. Lenel a. a. O. §. 173 S. 297 N. 8.

dict durch die extraordinaria exsecutio der missio potestatis iure sehr in den Hintergrund gedrängt war.

L. 3 pr. D. h. t.

(*Ulp.* lib. 68. ad ed.): Si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi causa et non admittatur, potestate eius inducendus est in possessionem, qui eum misit, aut si quis volet uti interdicto, consequens erit dicere interdictum locum habere . sed melius erit dicere extra ordinem ipsos iure suae potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnunquam etiam per manum militarem.

Ebenso wurde unser Interdict utiliter auf den Schutz der s. g. missio *Antoniniana* erstreckt.

L. 3 cit. §. 1:

Constitutum est ab *Antonino*, ut etiam in bona heredis quis admittatur[26]) certis modis . si quis igitur in his bonis non admittatur, dicendum est actionem hanc utilem competere: ceterum poterit uti et extraordinaria exsecutione.[27])

Unter der actio utilis ist hier unzweifelhaft unser Interdict als utile gemeint, von welchem unmittelbar vorher im Principium die Rede gewesen ist: darauf weiset das igitur hin; auch würde die actio in factum gemäß ihrer edictalen Fassung ohne weiteres zur Anwendung geeignet gewesen sein.[28])

Hinsichtlich der Fassung unseres Interdictes fehlt es

26) mittatur *scr.*

27) S. auch l. 5 §. 23 D. ut in poss. legat. 36, 4 (Ulp. lib. 52. ad ed.): Quod si ex constitutione quis in possessionem mittatur, curandum est, ne vis fiat utenti et fruenti.

28) S. oben Ziffer 1 S. 195 nach N. 8. A. M. Schmidt Interdictenverfahren S. 307 N. 25.

an ausdrücklicher Ueberlieferung. Es kann indessen kaum zweifelhaft sein, daß dieselbe prohibitorisch, nicht etwa restitutorisch, gewesen ist. Dafür spricht zunächst die Analogie des Interdictes zum Schutze der missio ventris nomine.[29]) Noch unmittelbarer zeugt für die prohibitorische Fassung des einen wie des andern Interdictes die Rubrik unseres Pandektentitels „Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit,“[29a]) — um so mehr als der Titel selbst ja in dem Abschnitte steht, der die Interdicte behandelt; diese Rubrik läßt sich füglich nur als Entlehnung aus der Fassung eines prohibitorischen Interdictes (oder noch genauer: mehrerer solcher) verstehen. Endlich setzt die bereits besprochene[30]) l. 1 §. 8 D. h. t. die prohibitorische Fassung des zum Schutze der missio legatorum servandorum causa aufgestellten Interdictes voraus. Bei restitutorischer Fassung würde das Interdict sicherlich nicht in vollem Umfange gegen den Erben des Prohibenten gegangen sein, vielmehr nur in quantum ad eum pervenit.[31])

Als prohibitorisches hat unser Interdict nach l. 1 §. 8 cit. h. t. die uns schon bekannten Eigenthümlichkeiten, daß die sponsio und das agere ex sponsione nicht innerhalb eines annus utilis von Verletzung des Verbotes an

29) Lenel a. a. O. S. 364 N. 6. S. unten unter b zu N. 40 S. 214.

29a) Burckhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39 und 40 Thl. 2 S. 577.

30) S. Ziffer 1 S. 206.

31) Vgl. Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1837 Ziffer 66 S. 380 ff. — Auch würde dann das Interdict vermuthlich annal sein, da man gegenüber der so nahe verwandten actio in factum deren ausdrücklich auf ihren Strafzweck gebaute kurze Verjährung dem Interdicte nicht füglich hätte fernhalten können. Vgl. Thl. 1 §. 1837b Ziffer 81 S. 524 ff.

verjähren, und daß, obschon der Impetrat selbst das Interdict nicht verletzt hat, seine Erben durch dasselbe gebunden sind, d. h. wegen ihres eignen Zuwiderhandelns zur sponsio ex interdicto in defunctum reddito und zum agere aus dieser Sponsion genöthigt werden können. [32])

Weiter ergiebt sich aus dieser Stelle, daß das Interdict seine Kraft verliert, sobald seine Grundlage, d. h. die missio legatorum servandorum causa, hinfällig wird. Bekundet l. 1 §. 8 cit. dies auch nur von der Erledigung der missio durch Bestellung der cautio legatorum servandorum causa, so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß das Gleiche eintritt, wenn die missio wegen eines bedingten Legates erfolgt war, und nunmehr nach interdictswidriger Verhinderung ihrer Durchführung die Bedingung fehlschlägt, oder der Legatar stirbt, bevor dieselbe erfüllt ist.

In dem letzten Falle vererbt selbstverständlich die Befugniß zur Erwirkung des Interdictes nicht, während da, wo die missio ein Vermächtniß sichert, cuius dies iam cessit, also ungeachtet des Todes des Legatars ihre Wirkung behält, auch jene Befugniß auf seine Erben übergeht. [33])

Die angeführten l. 5 §. 27 D. ut in poss. legat. 36, 4 und l. 3 pr. §. 1 D. h. t. haben uns gezeigt, daß mit dem Interdicte eine extraordinaria exsecutio iure potestatis zwecks Durchführung der missio concurrirte. Letztere vollzogen die Consuln und Prätoren als altrepublicanische Magistrate durch ihre Viatoren, die kaiserlichen Beamten durch officiales, [34]) per manum militarem; [35])

32) S. Ziffer 1 S. 206 ff.

33) S. Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1835 Ziffer 12 S. 87 f.

34) L. 5 §. 27 cit. (oben S. 209). Vgl. v. Bethmann-Hollweg röm. Civilprozeß Bd. 2 S. 150 N. 64.

35) L. 3 pr. i. f. (oben S. 210) vgl. l. 68 D. de R. V. 6, 1

doch konnten beide auch die Municipalbeamten mit der Vollziehung betrauen. [36]) Während das Interdict einen drohenden Widerstand durch die Furcht vor den processualen Nachtheilen des Verfahrens [37]) zu beugen sucht, soll die exsecutio iure potestatis den bethätigten Widerstand brechen. Der Vorzug des letztern Weges liegt darin, daß er die rasche Befriedigung des Klägers vom Eigensinne des Gegners unabhängig macht. Bei der missio legatorum servandorum causa [38]) durfte eben deshalb dieser Weg um so unbedenklicher empfohlen werden, als in den allermeisten Fällen die Voraussetzungen der Rechtshülfe liquid sind. [39])

b. Das Interdict zum Schutze der ventris nomine in possessionem missa.

Hiervon handelt l. 3 cit. §§. 2 sq. unseres Titels. L. 3 cit. §. 2:

Praetor ventrem in possessionem mittit, et hoc interdictum prohibitorium et restitutorium est . sed si mulier velit in factum actione uti ad exemplum cre-

und dazu v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 160 N. 28. Gleichbedeutend ist auch manu ministrorum. L. 1 §. 2 D. si ventris nom. 25, 5.

36) L. 5 §. 27 cit. i. f.

37) D. h. im classischen Rechte durch die Furcht vor der poena sponsionis, im spätern durch die Furcht vor dem Verfallen der zugesagten Strafe. S. Thl. 2 dieser Serie des Commentars §. 1840 Ziffer 124 S. 467 ff.

38) Es ist gewiß rein zufällig, daß uns ein ausdrückliches Zeugniß dieser Empfehlung nur für die Anwendung der missio auf Fideicommisse vorliegt. S. Thl. 2 dieser Serie des Commentars §. 1839 Ziffer 116 S. 383 f.

39) Vgl. hierzu a. a. O. §. 1839 Ziffer 116 S. 379 ff. und §. 1840 Ziffer 126 S. 126 ff. und O. E. Hartmann röm. Gerichtsverfassung S. 511 ff.

ditorum magis quam interdicto, posse eam experiri sciendum est.

Die Worte: hoc interdictum prohibitorium et restitutorium est wollen aller Wahrscheinlichkeit nach sagen, unser prohibitorisch gefaßtes Interdict diene der Impetrantin nicht nur zur ersten Erlangung des von ihr noch nicht ergriffenen, sondern auch zur Wiedererwerbung des ihr wieder entzogenen Besitzes von Sachen des Nachlasses, in welchen sie immittirt worden, indem es gleichmäßig verbiete, sie an der ersten Besitznahme, wie an der Wiederergreifung des ihr abhanden gekommenen Besitzes jener Sachen zu hindern. [40]) Dazu stimmt vortrefflich das uns bereits bekannte Edict über die actio in factum auf Schadensersatz wegen Behinderung des missus: auch diese Klage findet sowohl dann statt, wenn dem missus der von ihm ergriffene Besitz wieder genommen, als auch dann, wenn er an der ersten Besitznahme gehindert worden ist. [41])

Daß das Interdict activ nicht vererbt, ergiebt sich aus seinem Zwecke; es erhellt aber auch unmittelbar aus seiner Fassung, sofern dieselbe den Rechtsgrund der ertheilten missio erwähnt: dieser trifft für die Rechtsnachfolger der Schwangern nicht zu. [41a])

Auch die ventris nomine missa selbst kann das Interdict nicht mehr erwirken, sobald der Zweck ihrer missio erfüllt oder vereitelt worden ist, d. h. sobald sie entbunden ist, wenngleich von einer Fehlgeburt, oder sobald sich herausgestellt hat, daß sie gar nicht schwanger ist oder doch nicht von dem Erblasser, [42]) oder daß ihre Leibesfrucht aus einem

40) Vgl. l. 1 pr. §. 1 D. de aq. cott. 43, 20 und dazu Thl. 1 dieser Serie des Commentars Ziffer 46 S. 269 ff. und Ziffer 62 S. 362.

41) S. oben Ziffer 1 S. 196.

41a) S. Thl. 1 dieser Serie §. 1835 Ziffer 11 S. 73.

42) L. 1 §. 27 D. de ventre in poss. mitt. 37, 9 (Ulp.

andern Grunde nicht erbberechtigt ist, z. B. wegen gültiger exheredatio [43]) oder wegen Ungültigkeit ihrer Ehe mit dem Erblasser. Und dem entsprechend muß das bereits erwirkte Interdict durch Erledigung der causa missionis entkräftet werden: in die wegen später geschehener vis eingegangene sponsio oder in die actio ex sponsione wurde mit Bezug hierauf eine exceptio eingerückt. [44]) Dagegen wurde wegen einer vis, welche vor der Entkräftung der missio adversus edictum geschehen war, die sponsio und die actio ex sponsione gewiß ohne solche exceptio ertheilt: lag doch trotz jener Entkräftung nicht nur ein an und für sich interdictswidriges Handeln des Impetraten vor, sondern auch eine andauernde Schädigung der missa, insofern ihr infolge jenes Handelns die ihr gebührenden Alimente ganz oder theilweise entgangen waren. Und auf Ersatz dieser ihr vorenthaltenen Alimente ging dann, ebenfalls ohne exceptio, das iudicium secutorium ex sponsione. In gleicher Weise ist die actio in factum wegen Verhinderung an Durchführung der missio auch dann noch statthaft, wenn die missio hinterher durch die Niederkunft der Frau beendigt

lib. 41. ad ed.): Tamdiu autem venter in possessionem esse debet, quamdiu aut pariat aut abortum faciat aut certum sit eam non esse praegnatem. Da die missio mit der Geburt eines erbberechtigten Descendenten des Erblassers zu Ende geht, so versteht sich ihre Beendigung um so mehr, wenn das geborene Kind nicht erbberechtigt ist, namentlich wegen gültiger exheredatio. l. 1 cit. §§. 1—3. l. 2 eod.

43) L. 1 §§. 2. 3. 5—7. 9 eod. Nach römischem Rechte gehört auch der Fall hierher, wenn der Gatte der Schwangern sich beim Tode seines Vaters in feindlicher Kriegsgefangenschaft befindet: mit seiner Rückkehr wird die missio ventris in den Nachlaß des Großvaters hinfällig. L. 1 cit. §. 8.

44) Vgl. Thl. 2 dieser Serie §. 1838b Ziffer 91 S. 121 ff.

ist: auch sie gewährt ihr Ersatz für die Alimente aus dem Nachlasse, welche ihr infolge der erlittenen Verhinderung entgangen sind.

Dagegen bleibt die missio und folgeweis auch der ihr verheißene Schutz nach Analogie des Carbonianum edictum wirksam, wenn es einstweilen erst bestritten wird, daß die Frau schwanger sei, oder daß ihre Leibesfrucht zu den liberi des Erblassers gehöre. Dies sagt in ihrem Zusammenhange l. 3 cit. §. 3:

> Si mulier dicatur calumniae causa in possessionem venisse, quod non sit praegnas vel non ex eo praegnas, vel si de statu mulieris aliquid dicatur: ex epistula divi *Hadriani* ad exemplum praesumptionis Carboniani edicti ventri praetor pollicetur possessionem. [45])

Es mußte danach auf Anrufen der Frau der für die Ertheilung der missio zuständige höhere Magistrat eine summarische Untersuchung der maßgebenden Thatsachen anstellen und, sofern irgend ein Umstand die Angabe der Frau unterstützte, die missio, welche ihr unbeanstandet ertheilt worden war, aufrecht erhalten: hätte er sie doch unter gleichen Umständen von vornherein ertheilen müssen. Wie vor der ersten Ertheilung der missio ventris gemäß dem Carbonianum edictum, so durfte der Gegner auch vor der Aufrechterhaltung der unbeanstandet ertheilten missio ventris gemäß jenem Edicte zur Abkürzung des Verfahrens der Frau den Eid darüber zuschieben, ob sie schwanger sei; schwor sie diesen Eid, so entging sie damit nicht nur den Nachtheilen der Ersatzpflicht [46]) und der Infamie, [47]) welche auf Erwirkung der missio ventris nomine durch chicanöses

45) Vgl. l. 1 §§. 14 sq. de ventre in poss. 37, 9.
46) L. 1 §. 4 D. si mul. ventr. nom. 25, 6.
47) L. 15—17 D. de his, qui not. 3, 2.

Vorgeben der Schwangerschaft gedroht waren, [48]) sondern es konnte auch die Wirkung der ihr ertheilten missio mittels der Behauptung nicht mehr angefochten werden, die Frau sei in Wahrheit nicht schwanger. In letzterer Beziehung heißt es: nec vis ei facienda est post iusiurandum; [48a]) proderit — mulieri iuranti —, ne — vim patiatur in possessione. [48b]) Weisen diese Ausdrücke unverkennbar auf die prohibitorische Fassung hin (ne vis fiat ei, quae ventris nomine in possessionem missa est), welche das zum Schutze der missio ventris aufgestellte Interdict trug, so ist diese Fassung damit wohl unbestreitbar dargethan.

Von einer Concurrenz des Interdictes mit einer extraordinaria exsecutio missionis iure potestatis enthalten die Quellen keine Spur.

c. Das interdictum Ne vis fiat ei, qui damni infecti in possessionem missus est. [49])

Von diesem Interdicte handelt l. 4 pr. und §. 1 unseres Titels.

L. 4 pr. (*Ulp.* 69. ad ed.): Per interdictum etiam ei subvenit praetor, qui damni infecti ab eo in possessionem missus est, ne ei vis fiat.

Das Interdict hat die ständige exceptio: si eo nomine ex edicto meo promissum satisve datum non est, et per te stat, quo minus ita promittatur satisve datur. [50])

48) L. 3 §. 3 D. de iureiur. 12, 2. l. 1 pr. D. si mul. ventr. 25, 6. — Vgl. Glück in diesem Commentar Thl. 28 S. 343 ff.

48a) L. 1 pr. D. cit. 25, 6.

48b) L. 3 §. 3 D. de iureiur. cit. 12, 2.

49) Burckhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39 und 40 Thl. 2 §. 1680 Ziffer 44 S. 571—584.

50) Vgl. Thl. 1 dieser Serie §. 1837a Ziffer 73 S. 461 zu N. 6. Ziffer 75 S. 484 zu N. 70. Ziffer 76 zu 86.

Es verliert also seine verbindliche Kraft, m. a. W. die ertheilte missio wird hinfällig, sobald cautio damni infecti in geeigneter Weise geleistet worden ist, oder deren Unterbleiben am immissus liegt.

L. 4 cit. §. 1:

Poena autem eius, qui non promittit vel satis non dat, haec est, ut in possessionem mittatur adversarius . sive ergo promittat, sive per eum non fiat, quo minus promittat, non tenebit interdictum repulso per exceptionem eo, qui experitur.

Dagegen endigt der Schutz durch unser Interdict nicht mit Ertheilung der missio ex secundo decreto. Hier ist er freilich kein unbedingtes Bedürfniß, da dem ex secundo decreto missus nicht nur die Schutzmittel des bonitarischen Eigenthümers, sondern auch diejenigen des juristischen Besitzers zustehen; immerhin aber kann es ihm erwünscht sein, statt dieser unser Interdict zu gebrauchen.

L. 18 §. 15 D. de damn. inf. 39, 2:

(*Paul.* lib. 48. ad ed.) Non solum autem eum punit praetor, qui in possessione esse, sed etiam eum, qui possidere passus non fuerit, cum alioquin, si is, qui iussu praetoris coeperat possidere et possidendo dominium capere, aut non admissus aut eiectus inde fuerit, utile [51]) interdictum Unde vi vel Publicianum actionem habere potest etc.

Daß alle drei Interdicte, welche dem Schutze der missio dienen, dinglicher Natur sind, weil das aus der missio entspringende Recht an den Sachen, worauf sie gerichtet ist, als dingliches anzusprechen ist, haben wir bereits früher gesehen. [52])

51) Dies heißt hier wohl nur soviel wie „wirksam". S. Thl. 1 dieser Serie S. 31 N. 69.

52) Thl. 2 dieser Serie §. 1839a Ziffer 117 S. 400.

III. **Die actio in factum des damni infecti missus und des an Erwirkung der missio Verhinderten.** [53])

3. Auf diese Klage bezieht sich l. 4 cit. §§. 2—4 h. t. Ihren nächsten Zweck erörtert §. 2:

Praetor in eum, qui neque cavit neque possidere passus est eum, qui missus est, iudicium pollicetur in tantum, quantum praestare eum oporteret, si de ea re cautum fuerat. [54])

Das Interesse an der missio damni infecti besteht in der Erzwingung der Caution wegen des drohenden Schadens, zu dessen Ersatze erst die Caution verpflichtet. Wird also der missus durch den Cautionspflichtigen an der Durchführung der ihm ertheilten missio verhindert, so geschieht ihm am einfachsten dadurch Genüge, daß er im Falle eintretenden Schadens vom Gegner dasjenige fordern kann, was dieser ihm durch die Caution hätte zusagen müssen.

Selbstverständlich aber darf er nicht auf mehrfachem Wege für die erlittene Verhinderung Genugthuung suchen. Mit Anstellung der actio in factum verzichtet der missus auf die Anstellung der anderen etwa statthaften Klagen und umgekehrt.

L. 18 §. 15 D. de damn. inf. i. f. 39, 2: [54a])

sed si in factum actione egerit, his actionibus experiri non potest, cum praetor id agat, ne damnum faciat actor, non ut in lucro versetur.

Mit Rücksicht auf diese actio in factum ist eine Durchführung der missio damni infecti kraft magistratischer Zwangsgewalt unstatthaft, weil völlig unnöthig.

53) Burckhard a. a. O. Ziffer 45 S. 584—594.

54) L. 7 pr. l. 15 §. 36—l. 17 §. 3. l. 18 §§. 13—15 D. de damn. inf. 39, 2.

54a) Die vorhergehenden Worte s. oben S. 218 zu N. 51.

L. 4 §. 2 D. eod.:

(*Ulp.* lib. 1. ad ed.) An tamen is, qui non admittit, etiam pignoribus a magistratibus coerceatur? non puto, sed in factum actione tenebitur: nam et si a praetore missus non admittatur, eadem actione utendum est.

Die nämliche Klage verhieß das Edict auch für den Fall, daß der Cautionsberechtigte die missio wegen Unzugänglichkeit des Prätors nicht hatte erwirken können, und nunmehr der gefürchtete Schade eingetreten war.

L. 4 cit. §. 3:

Sed et alia ex causa hoc iudicium proposuit, si eo tempore, quo in possessionem mitti desiderabat, praetoris adeundi potestas non fuerit, scilicet ut, si cum potestas praetoris adeundi non esset, damnum interim datum est, haberet iudicium, qui damnum passus est. [55])

Eine weitere Clausel des Edictes über die cautio damni infecti versprach die nämliche Klage auch dann, wenn das Immissionsdecret ergangen, der missus jedoch auf andere Weise, als durch Verhinderung seitens des Cautionspflichtigen an der Besitzergreifung behindert worden ist.

L. 4 cit. §. 4:

Item subiectum, si ex alia causa in possessionem missus prohibitus esse dicetur, habere in factum actionem. [56])

55) Lenel ed. perp. §. 175 S. 299 f.

56) Burckhard a. a. O. Ziffer 46 S. 594—603. — Lenel a. a. O. S. 300 und §. 246 S. 377 versteht diese Stelle von einem Zusatze zum interdictum Ne vis fiat ei, qui damni infecti missus est, indem er es für unbegreiflich hält, daß jene allgemeine Clausel in das Edict über die cautio damni infecti gerathen sei. Erscheint jedoch Letzteres nach den, von Lenel nicht berücksichtigten, Ausführungen Burckhards durchaus begreiflich, so spricht

Zu den aliae causae, welche die Besitzergreifung des gefahrdrohenden Grundstücks durch den missus verhindern können, ist in erster Reihe gewiß der Einsturz des bedrohlichen Gebäudes zu zählen. [57])

Nicht minder aber dürfte auch der Fall hierher gehören, wenn ein Andrer, als der Cautionspflichtige, den missus an der Besitznahme hindert.

Im übrigen darf hinsichtlich unsrer actio in factum auf Burckhardts Ausführungen verwiesen werden.

4. Solange die missiones in possessionem praktisch waren, bestand auch das geschilderte Recht zu deren Schutze fort, — selbstverständlich mit den Abänderungen, welche das Interdictenverfahren, der Inhalt der Verurtheilung und die Zwangsvollstreckung erlitten hatten.

Bekanntlich ist die missio rei servandae causa gegen indefensi [57a]) durch den JRA. §. 36 beseitigt; als Form der Concurseröffnung [57b]) aber ist sie durch das decretum de aperiundo concursu ersetzt, welches einen offenen Ge-

gegen Lenels Annahme um so entscheidender, daß dieselbe eine Interpolation voraussetzen muß, für die vollends kein Grund zu erkennen ist.

57) Burckhard a. a. O. S. 596 ff.

57a) Hierher gehören von den einzelnen bei Hellmann a. a. O. S. 241 f. aufgezählten die Fälle b, c, d, f, g und i und von den S. 248 f. aufgezählten die Fälle a und b.

57b) Nach der bekannten Constitution von Divus Pius, wonach die Vermögens-Execution gegen den iudicatus zunächst durch gerichtliche Auspfändung stattfindet (l. 31 D. de re iud. 42, 1), kam die missio in bona zwecks der Zwangsvollstreckung nur noch vor, wenn das Vermögen des iudicatus überschuldet war, diente also auch hier zur Einleitung eines Concurses. Unter diesen Zweck gehören demnach bei Hellmann S. 241 die Fälle a und e.

neralarrest über das, der Befriedigung der Gläubiger dienende, Vermögen verhängt. Damit hat die actio in factum auf Schadensersatz wegen Behinderung in Durchführung der missio den erheblichsten Theil ihres Anwendungsgebietes zweifellos verloren.[57c])

Die missio legatorum servandorum causa wird von den meisten Schriftstellern des 16., 17. und 18. Jahrhunderts als praktisch anerkannt,[58]) mit der auf Nov. 53 c. 4 §. 1 gestützten Maßgabe, daß sie auf eine dem Werthbetrage des Vermächtnisses entsprechende Masse von Gegenständen (pro quantitate legati) beschränkt bleibe. Lauterbach,[59]) meint freilich, das pignus praetorium, welches durch die missio legatorum servandorum causa begründet werden solle,[60]) und damit diese missio selbst sei durch die von Justinian geschaffene Legalhypothek des Vermächt-

57c) Die missio dotis servandae causa (l. 48 D. de solut. 46, 3. l. 26 §. 1 D. ad munic. 50, 1) hatte den Zweck, die Frau gegen Gefährdung ihres Dotalanspruchs zu schützen, welche ihr bei Vermögensverfall des Mannes droht. Schon im classischen Rechte fand in diesem Falle auch die Dotalklage ficto divortio statt; so dauert jener Zweck, wie die Aufnahme der angeführten Stellen in die Compilation zeigt, fort, nachdem Justinian hier die Dotalklage ohne Fiction gegeben hat. l. 29. l. 30 Cod. de J. D. 5, 12. Man wird ihn heute durch einstweilige Verfügung erreichen. Einführungsges. zur CPO. §. 16 unter 4. Hellmann S. 242 unter h und unten f., S. 253 f. und S. 267.

58) S. die Citate bei Kniep de cautione et missione legatorum seu fideicommissorum servandorum causa. (Jenenser Habilitationsschrift) Rostochii 1872 p. 50 sq. Dernburg das Pfandrecht Bd. 1 S. 416 N. 29. Hellmann a. a. O. S. 258 ff.

59) Colleg. theoret.-pract. tom. II lib. XXXVI tit. IV §. V.

60) L. 5 Cod. ut in poss. 6, 54.

nißnehmers überflüssig geworden, [61]) trägt aber trotzdem die Lehre von den Schutzmitteln der missio legatorum in seinen Ausführungen zu unserm Titel durchaus als geltendes Recht vor. Glück [62]) dagegen, der Lauterbachs Ansicht über die Ueberflüssigkeit des pignus praetorium beitritt, [63]) leugnet schlankweg das Vorkommen der missio. Indessen läßt diese Begründung ihrer Beseitigung sich unschwer widerlegen: hat doch Justinian das ganze Institut der cautio und der zu deren Erzwingung stattfindenden missio legatorum ungeachtet der von ihm geschaffenen gesetzlichen Hypothek des Vermächtnißnehmers in seine Compilation übernommen. [64]) Auch bietet die Caution den Vortheil, daß sie schon für ein noch bedingtes Vermächtniß verlangt werden kann, während sich die Hypothek erst nach Eintritt der Bedingung des Vermächtnisses geltend machen läßt. [64a])

Eine ganz andre Frage aber bleibt es, ob die römische missio mit dem modernen Proceßverfahren sich füglich vereinbare. Dies ist entschieden zu verneinen, jedenfalls auf dem Boden der Reichscivilproceßordnung. [64b]) Will man

61) L. 1 v. J. 529. l. 2 v. J. 531 Cod. comm. de legat. 6, 43.

62) In diesem Commentar Thl. 18 S. 266 f.

63) Außer Lauterbach a. a. O. führt er als Gewährsmann noch an Schweppe röm. Privatrecht z. B. §. 834; allein in der, von W. Mejer besorgten, vierten Ausgabe dieses Werkes Bd. 5 §. 900 ist die ganze Lehre von der cautio und missio legatorum servandorum causa als geltendes Recht vorgetragen.

64) Arndts Pandekten §. 559. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 24 S. 153 f.

64a) Brinz Pandekten 1. Aufl. Abth. 2 S. 943. 2. Aufl. Bd. 3 S. 419. Kniep a. a. O. p. 45.

64b) Der Nachweis der Unvereinbarkeit der römischen missiones mit dem modernen Proceßrechte bildet den wesentlichen Inhalt der angeführten Schrift Hellmanns. S. insbesondere S. 264 ff.

also daran festhalten, daß der Zwang zur cautio legatorum nur ein mittelbarer sei, d. h. sich nur verwirkliche durch Beschränkung des Cautionspflichtigen im Genusse der ihm zugekommenen Nachlaßstücke, so wird man doch einräumen müssen, daß er nicht mehr erfolgen könne kraft der gerichtsseitig dem Vermächtnißnehmer auf dessen Antrag ohne Gehör des Cautionspflichtigen ertheilten Ermächtigung, sich selbst in die Detention jener Nachlaßstücke zu setzen. Vielmehr würde entweder dem Belasteten anbefohlen werden müssen, daß er den Gegenstand des Vermächtnisses dem Vermächtnißnehmer schon jetzt gegen Caution für eventuelle Rückgabe übertrage, ihm also an vermachten Nachlaßsachen wenigstens die Detention einräume; [65]) oder es müßte über die Gegenstände der alten missio gerichtsseitig Sequestration verfügt werden. [66]) Beide Wege würden selbstverständlich das rechtliche Gehör des Gegners erfordern.

Diesen Möglichkeiten gegenüber ist es sicherlich für beide Parteien zweckmäßiger, dem Vermächtnißnehmer geradezu eine Klage auf Bestellung der Caution zu gewähren. Das hat denn auch die Praxis in den letzten Jahrzehnten gethan, und zwar als etwas ganz Selbstverständliches. So heißt es in einem Erkenntnisse des Oberappellationsgerichtes zu Celle v. J. 1843: [67]) „Auch können die Beklagten (im vorliegenden Falle die mit einem bedingten Fideicommisse

65) So verfügt es das Bayrische Landrecht III, 6, 12: — „so muß der Erb auf Begehren annehmliche Caution bestellen oder gestatten, daß Legatario das Legatum gegen genugsame Sicherheitsleistung eingeräumt werde.“

66) Kniep a. a. O. S. 51 ff. — Der Weg, den Kniep S. 52 f. neben der Sequestration anführt (iudex apparitores suos similesque personas mittit, qui custodiant bona hereditaria) scheint mir auf Sequestration hinauszulaufen.

67) Seufferts Archiv Bd. 9 Nr. 319.

Bedachten) eine solche Cautionsleistung (eben die Leistung der cautio fideicommissorum servandorum causa) nicht nur mittelst einer angestellten Klage fordern" u. s. w. In einem Erkenntnisse des Appellationsgerichtes zu Celle v. J. 1876 [68]) handelt es sich um die Frage, ob und eventuell von welchem Augenblicke an die Klage auf Bestellung jener Caution verjähre. Ein Erkenntniß des Oberlandesgerichtes zu Celle v. J. 1882 [69]) weiset eine Klage auf Bestellung der nämlichen Caution als verfrüht zurück.

Auch die Theorie läßt, wennschon nur in vereinzelten Stimmen, zwecks Bestellung der Vermächtnißsicherheit eine Klage zu. Zuerst hat Kniep, [70]) von der heutigen Unzulässigkeit der römischen missio ausgehend, die Behauptung aufgestellt, daß die Cautionsleistung wie durch Sequestration der dem Belasteten gehörigen Nachlaßstücke, so auch kraft der allgemeinen Ungehorsamsstrafen zu erzwingen sei, mittels deren die Erfüllung von obligationes faciendi überhaupt erzwungen wird. Dabei ist offenbar eine förmliche Klage auf Cautionsleistung vorausgesetzt. Sodann sagt Dernburg: [71]) „Heutzutage wird direct auf die Caution bei Vermeidung der Sequestration des Nachlasses geklagt. Die Missionen sind der Praxis fremd;" und weiter: [72]) „Die missio legatorum servandorum causa wurde in der älteren gemeinrechtlichen Praxis, wenn auch selten, zur Anwendung gebracht. Den heutigen Proceßgrundsätzen entspricht sie nicht."

68) Seufferts Arch. Bd. 32 Nr. 4.

69) Das. Bd. 38 Nr. 142.

70) A. a. O. S. 51 ff.

71) Pandekten Bd. 3 §. 99 2. Aufl. S. 195.

72) A. a. O. N. 18.

Und unter Berufung auf beide genannten Schriftsteller hat unlängst das Reichsgericht [73]) ausgesprochen:

„Im übrigen gab es zwar im römischen Rechte keine eigentliche Klage auf diese Sicherheitsleistung, sondern nur den mittelbaren Zwang durch die sonst drohende missio in possessionem; aber in diesem, wie in anderen ähnlichen Fällen, z. B. bei dem Anspruche auf damni infecti cautio, ist im gemeinen deutschen Rechte infolge des gänzlich veränderten Proceßverfahrens, insbesondere mit dem Wegfalle der missiones in possessionem, das directe Klagrecht an die Stelle getreten.“

Ueber den Inhalt der Verurtheilung aus dieser Klage und die Art der Zwangsvollstreckung spricht sich das angezogene Erkenntniß nicht aus. Wir werden indessen kaum fehlgehen, wenn wir annehmen, das Urtheil müsse, entsprechend der Klagbitte, einfach dahin lauten: „Beklagter sei schuldig, der ihm auferlegten Vermächtnisse halber in einer (für den Einzelfall genau) bestimmten Höhe Sicherheit zu machen,“ — keineswegs, wie Dernburg anzunehmen scheint, dahin: „Beklagter sei bei Vermeidung der Sequestration des Nachlasses schuldig“ u. s. w. In diesem Zusatze könnte doch nur die Androhung der Zwangsvollstreckung liegen: allein eine Zwangsvollstreckung durch Sequestration ist der CPO. unbekannt; die Sequestration kommt in ihr nur als einstweilige Verfügung vor. [74])

Hellmann [75]) meint nun, ein Urtheil auf Sicherheitsleistung sei nach der CPO. nur dann vollstreckbar, wenn jene Leistung auch durch Pfandbestellung erbracht werden könnte. Diese Voraussetzung trifft, wie ich im

73) Entscheidungen in Civilsachen Bd. 24 Nr. 24 S. 153 = Seufferts Arch. Bd. 44 Nr. 261.
74) CPO. §. 817 Abs. 2.
75) A. a. O. S. 267 f.

Gegensatze zu ihm annehme, für die cautio legatorum allerdings zu, — schon nach römischem Rechte gemäß der l. 2 §. 3 D. quod legat. 43, 3 in der Lesart der Florentina;[76]) jedenfalls nach heutigem Rechte, in welchem gemäß altem und constantem Gerichtsgebrauche die Leistung processualischer Cautionen auf die Stellung von Bürgen nicht mehr beschränkt ist.[77]) Allein schwerlich geschieht hier, wie Hellmann behauptet, die Zwangsvollstreckung gemäß CPO. 779. Die Vorschrift dieses Paragraphen ist m. E. nur auf eine solche Erklärung anwendbar, deren Inhalt in dem rechtskräftigen Urtheile, welches den Schuldner zu ihrer Abgabe verurtheilt, so genau bestimmt ist, daß nach keiner Seite hin etwas zu ergänzen bleibt. Bei der Verurtheilung zur Leistung der cautio legatorum aber überläßt es das Urtheil dem Belasteten zunächst, die ihm für einen bestimmten Werthbetrag obliegende Sicherheitsleistung nach seinem Belieben durch Bürgen oder durch Hinterlegung von Werthpapieren oder durch Pfandgebung zu beschaffen, — und dann weiter, sofern er den letzten Weg wählt, die einzelnen Gegenstände auszusuchen, welche er verpfänden will. Wie sollte es also mit der Rechtskraft des Urtheils entschieden sein können, ob überhaupt Pfandrechte bestellt seien, und insbesondere an welchen Sachen?[78]) In der That hat die Pfandbestellung hinsichtlich der Zwangsvollstreckung nichts voraus vor den beiden anderen Mitteln

76) S. oben §. 1845 Ziffer 2 S. 146.

77) So spricht es ein Urtheil des Appellationsgerichtes zu Celle v. J. 1877 (Seufferts Arch. Bd. 33. N. F. Bd. 3 Nr. 144) aus. Vgl. Wetzell System §. 30 N. 69 2. Aufl. S. 291.

78) Wo particularrechtlich an beweglichen Sachen nur ein Faustpfand bestellt werden kann, würde die fingirte Erklärung des Verpfändungswillens ohne hinzukommende Tradition übrigens nicht einmal genügen.

der Sicherheitsleistung. So kann namentlich auch keines dieser Mittel nach CPO. §§. 773 oder 774 erzwungen werden, — nach §. 774 nicht, weil keines ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, jedes vielmehr dessen Leistungsfähigkeit schlechthin erfordert; nach §. 773 nicht, weil der Gläubiger selbst dem Dritten, welcher etwa auf seine Aufforderung die Sicherheitsleistung vornähme, für dieselbe volle Deckung zu gewähren hätte und dann seinerseits wieder lediglich auf den Rückgriff gegen den verurtheilten Schuldner angewiesen wäre, sodaß in Wahrheit jene Sicherheitsleistung ihm in keiner Weise mehr böte, als die Vermächtnißforderung selbst, welche gesichert werden sollte.

Fehlt es hiernach freilich an dem Wege, die Bestellung der Sicherheit zu erzwingen, so bleibt es doch durchaus möglich, nach CPO. §. 778 die Leistung des Interesse für ihre unterbleibende Bestellung zu verlangen. Hellmann[79]) irrt, wenn er bestreitet, daß dem Vermächtnißnehmer das Recht auf Interesseleistung bei verweigerter Legatcaution eingeräumt sei. Selbstverständlich ließ sich noch nach Justinian dieses Recht nicht mittels einer Klage auf Cautionsleistung geltend machen, denn eine solche Klage war den Römern unbekannt. Wohl aber gaben sie die actio in factum wegen Verhinderung an Durchführung der missio auch dem legatorum nomine missus, und zwar schon pendente legati condicione, und diese Klage geht gerade auf das Interesse an der Cautionsleistung.[80]) Um so weniger läßt sich heute das Recht auf das Interesse an dieser Leistung bezweifeln, da heute unmittelbar auf letztere geklagt werden kann. Es ist ein circulus vitiosus, wenn Hellmann behauptet, die Klage auf Cautionsleistung sei außer

79) A. a. O. S. 267.
80) S. oben Ziffer 1 S. 198 ff.

Geltung gesetzt, weil sie nicht einmal durch die Forderung des Interesse realisirt werden könne; die Zulässigkeit dieser Forderung aber deshalb verwirft, weil kein Recht auf dieselbe bestehe.

Die Höhe des Interesse ergiebt sich nach l. 14 §. 1 D. quib. ex c. in poss. 42, 4 [81]) durch den Schätzwerth des vermachten Gegenstandes. Wenn dieser Betrag durch die actio in factum wegen Behinderung in Durchführung der missio dem Beklagten endgültig abgenommen wurde, so erklärt sich das aus dem Strafzwecke jener, ausdrücklich auf dolus malus gestützten, Klage; [81a]) — zur Sicherung des Vermächtnißnehmers genügt es, wenn der angegebene Betrag hinterlegt wird. Der Interesseanspruch läuft m. a. W. hinaus auf Hinterlegung des Schätzwerthes des Vermächtnisses.

Ist somit nach heutigem Rechte der Cautionsanspruch des Vermächtnißnehmers ausreichend geschützt, so kann m. E. von einer andern Weise, die Cautionsleistung zu erzwingen, nicht mehr die Rede sein. Denn wenn die Klage an die Stelle der unpraktischen missio getreten ist, so fehlt jeder Anlaß, das Missionsverfahren als solches durch ein eigenartiges Verfahren mittelbaren Zwanges zu ersetzen; noch weniger aber ist es berechtigt, jene Klage auf die Alternative: Caution oder Sequestration zu richten. In der That findet sich weder in Seufferts Archiv noch in den von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwalt-

81) S. oben S. 200.

81a) Vgl. l. 3 §. 14 D. de tab. exh. 43, 5 (Ulp. lib. 68. ad ed.): Et si sub condicione legatum sit, quasi condicione existente sic aestimandum est, nec compelli debebit ad cavendum, ut se restituturum caveat, quidquid consecutus est, si condicio defecerit, quia poena contumaciae praestatur ab eo, qui non exhibet.

schaft herausgegebenen Entscheidungen des Reichsgerichts auch nur ein einziges Beispiel für diese Alternative oder überhaupt für die Sequestration statt der alten missio.[82])

Selbstverständlich ist zur Sicherung eines streitigen oder eines betagten Vermächtnisses dinglicher Arrest nach CPO. §§. 796. 797 statthaft, nicht dagegen zur Sicherung eines noch bedingten als solchen.[82a]) Leugnet man eine Klage auf Cautionsleistung, so entbehrt ein bedingtes Vermächtniß pendente condicione jedes Rechtsschutzes; nimmt man mit uns eine derartige Klage an, so wird man zur Sicherung des darin gegebenen unbedingten Anspruchs auch den Arrest für zulässig zu halten haben.

Die missio ventris nomine scheint nach der, soviel ich weiß, völlig übereinstimmenden Darstellung der Lehrbücher noch praktisch zu sein, wie denn selbst Glück,[83]) der doch sonst die fortdauernde Geltung der römischen missiones rundweg leugnet, sie als gebräuchlich anerkennt. Dem gegen=

82) Abgesehen von der Art der Zwangsvollstreckung fällt hiermit der Widerspruch, welchen ich im Archiv für die Civilistische Praxis Bd. 61 S. 74 N. 23 gegen die Ansicht Knieps a. a. O. S. 53 f. erhoben hatte, die Verurtheilung zur Cautionsleistung sei in ordentlicher Weise vollstreckbar. Der erste Grund jenes Widerspruchs, nämlich der Umstand, daß das gemeine Recht für die Cautionsleistung das eigenthümliche Zwangsmittel der Immission habe, ist mit der unleugbaren Unanwendbarkeit der Immission hinfällig. Der andre Grund aber, daß die Cautionsleistung stets nur Mittel zum Zwecke sei, keine endgültige Leistung, erledigt sich mit Anerkennung einer Klage auf Cautionsleistung, welche, sofern nicht ein unzweifelhafter Rechtssatz etwas Abweichendes gebietet, selbstverständlich den allgemeinen Grundsätzen der Klagen unterliegt. Ein solcher Rechtssatz jedoch ist unerweislich.

82a) Hellmann a. a. O. S. 268.

83) Commentar Bd. 18 S. 267 zu N. 31.

über vermag ich lediglich zu wiederholen, was ich vor Jahren an einer andern Stelle [84]) ausgeführt habe. „Die Nothwendigkeit jenes weitläufigen römischen Verfahrens (beruht) lediglich darauf, daß dem römischen Rechte eine cura hereditatis im modernen Sinne fremd war. [85]) Eben weil man in einer cura hereditatis keine einheitliche Repräsentation des Nachlasses aufzustellen vermochte, ließ sich der Alimentationsanspruch des venter nur durch dessen Einweisung in den Besitz des Nachlasses verwirklichen, während auf der andern Seite die Ansprüche eventuell Berechtigter ebenfalls nur durch deren custodia oder durch Bestellung eines curator hereditatis geschützt werden konnten. Auf diese Zwecke beschränkte sich wie dort die missio, so hier die custodia oder die Anordnung der cura bonorum.“ — — „Der heutigen Bedeutung der cura hereditatis [86]) möchte allein folgendes Verfahren entsprechen. Beim Vorhandensein eines venter, das natürlich die Schwangere anzuzeigen hat, ernennt das Verlassenschaftsgericht einen Curator für die, dem nasciturus eventuell gebührende, Erbportion, möglicherweise also für die ganze Erbschaft. Aus dem seiner Verwaltung überwiesenen Vermögenscomplexe hat dieser

84) Archiv für die Civil. Prax. a. a. O. S. 39 ff. (1876).

85) Hierüber vgl. a. a. O. S. 2 ff. S. 11 ff. Die römische cura hereditatis iacentis fand stets nur zu untergeordnetem Zwecke statt, nämlich zwecks Erledigung solcher Maßregeln hinsichtlich einzelner Nachlaßangelegenheiten, welche die Gesammtheit der in den Nachlaß eingewiesenen Gläubiger nicht füglich vornehmen konnte, oder, wie gegenüber der cura ventris, zwecks Sicherung der sonstigen Erbschaftsinteressenten als Surrogat einer missio der Letzteren in den Nachlaß.

86) Wonach dieselbe die ökonomische Erhaltung des Nachlasses oder einer Nachlaßquote bezweckt. S. a. a. O. S. 30 ff.

curator hereditatis dem alimentationsberechtigten venter — angemessene Alimente zu prästiren. Einer besondern cura ventris bedarf es aus erbrechtlichen Gründen nicht mehr: als unparteiischer Dritter und obendrein unter Aufsicht des Obercuratelgerichtes ist der curator hereditatis in allen Fällen ausreichend geeignet, das Interesse auch des venter am Nachlasse wahrzunehmen."

Mehr oder minder klar haben sich vermuthlich die meisten modernen Schriftsteller, welche zwischen der cura ventris und der cura hereditatis nicht unterscheiden, die Sache so oder ähnlich vorgestellt. So wohl auch Leist in vorliegendem Commentare, [87]) der übrigens jene Erörterung im Archiv für die Civilistische Praxis nicht erwähnt. Beschränkt er sich jedoch darauf, anzuerkennen, daß das Institut der missio in possessionem ventris nomine in unsrer modernen Praxis nur geringe Bedeutung habe, so bestreiten wir demselben jegliche Bedeutung. [88]) In Seufferts Archiv und in den Entscheidungen des Reichsgerichtes kommt m. W. kein Fall seiner Anwendung vor.

Es bleibt übrig die Frage nach der heutigen Gestaltung der missio damni infecti. Hinsichtlich der älteren Ansichten darf hier auf die Darstellung Burckhards [89]) verwiesen werden. Burckhard selbst geht davon aus, daß die missio in dieser Anwendung gar nicht Zwangsmittel zur Erlangung der Caution sei, vielmehr die Folge von dem Preisgeben des gefahrdrohenden Grundstücks seitens des nichtcavirenden Eigenthümers, welcher zwischen cavere und aedibus, quas non defendit, carere zu wählen habe.

87) Serie der Bücher 37. 38, Thl. 4 Ziffer 11 S. 63 ff. 1879.

88) Ebenso Hellmann a. a. O. S. 268.

89) In diesem Commentar Serie der Bücher 39 und 40 Thl. 2 Ziffer 52 S. 641 ff.

Die Fiction, die verweigerte Caution sei bestellt, würde demnach das Institut der cautio damni infecti in seinem Wesen umändern; und selbst dann, wenn man dem Cautionspflichtigen die facultas alternativa einräume, durch Dereliction des gefahrdrohenden Grundstücks jener Fiction zu entgehen, würde insofern eine nicht unerhebliche Abweichung von der römischen Gestaltung übrig bleiben, als der Cautionspflichtige sich sofort, wenn Caution von ihm begehrt wird, zum Caviren oder zum Preisgeben seines Eigenthums entschließen müsse, während er nach römischem Rechte solange noch immer auf die Caution habe zurückgreifen können, bis ihm durch die missio ex secundo decreta sein Eigenthum entzogen war. Allein selbst dann, wenn diese Ausführungen richtig sein sollten,[90]) würde die Art, wie Burckhard seinerseits das römische Verfahren aufrecht zu erhalten sucht, schwerlich Billigung verdienen. Er läßt die Klage und die Verurtheilung auf Bestellung der Caution gehen; kommt aber der Cautionspflichtige dem die Cautionsleistung ihm auferlegenden Decrete nicht nach, so soll der Bedrohte vom Gerichte die Uebertragung des Eigenthums an dem gefahrdrohenden Grundstücke verlangen können, da alsdann anzunehmen sei, der Cautionspflichtige wolle sein Eigenthum nicht behaupten. Und dabei soll dieser definitiven Uebertragung des Eigenthums ein Provisorium vorausgehen, kraft dessen der Bedrohte zunächst, mit der Befugniß, selbst soweit Aenderungen vorzunehmen, als es zu seiner Sicherung erforderlich ist, nur den factischen Besitz erlange, aus dem er nicht eher zu weichen brauche, bis ihm die für die aufgewandten Kosten und den etwa eingetretenen Schaden Ersatz geleistet sei; dieses factische Behalten aber verwandele sich in ein rechtliches, wenn er innerhalb einer gewissen Zeit wegen seiner Ansprüche nicht

90) Vgl. dagegen Hellmann a. a. O. S. 249 ff.

befriedigt werde. Schlagend ist hiergegen bemerkt, ein derartiges Verfahren sei processualisch unhaltbar, denn Urtheil und Vollstreckungsverfahren müssen in Uebereinstimmung stehen.[91] Diesen Grundsatz verletzt man nicht, wenn man um sachlich der römischen Gestaltung thunlichst nahe zu kommen, mit Hellmann[92] verlangt, daß die Klage alternativ auf Cautionsleistung oder auf Abtretung des Eigenthums am bedrohlichen Grundstücke gerichtet werde. Daneben läßt sich die missio ex primo decreto in ihrer Eigenschaft als Sicherungsmittel nach CPO. §. 819 durch einstweilige Verfügung ersetzen.

Wie man übrigens immer das Verfahren über die cautio damni infecti sich denke: darüber bleibt kaum ein Zweifel, daß eine missio im römischen Sinne dabei nicht mehr vorkommt. So spricht es das oben[93] mitgetheilte Erkenntniß des Reichsgerichtes geradezu aus, wie denn auch Seufferts Archiv und die Sammlung der reichsgerichtlichen Entscheidungen kein Beispiel einer missio damni infecti aufführen.

Hiernach sind also sowohl die Interdicte, als auch die allgemeine actio in factum zum Schutze der drei erörterten Missionsfälle außer Gebrauch gesetzt.

Mit der missio damni infecti ist endlich auch die in Ziffer 3 besprochene actio in factum unpraktisch geworden, deren Voraussetzung entweder die Verhinderung an der Durchführung der ertheilten missio[94] oder die Verhinderung an der Erwirkung der missio[95] bildet.

91) Dernburg Pand. Bd. 1 §. 231 2. Aufl. S. 537 N 16.
92) A. a. O. S. 270.
93) S. 226.
94) L. 4 §. 2 D. h. t. l. 4 §. 2 D. de damno inf. 39, 2. l. 4 cit. §. 4 D. h. t.
95) L. 4 cit. §. 3 D. h. t.

Lib. XLIII. Tit. V.

De tabulis exhibendis. [1]

§. 1847.

1. Die Einsicht von Urkunden, welche letztwillige Verfügungen enthalten, ist nicht allein für den Erben des Verfügenden von Wichtigkeit, sondern für jeden, der darin in irgend einer Weise bedacht worden ist, nicht minder aber auch für denjenigen, dem umgekehrt darin seine gesetzlichen Ansprüche auf den Nachlaß beschränkt oder entzogen sind, oder der auch nur vermuthet, daß das Eine oder das Andere darin geschehen sei. [2])

L. 2 pr. D. testam. quemadm. aper. 29, 3: (*Ulp.* lib. 50. ad ed.) Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est heredis, sed

1) Mühlenbruch in diesem Commentar Thl. 43 §. 1502 S. 381—390. v. Keller Grundriß zu Vorlesungen über Institutionen und Antiquitäten des Römischen Rechtes §. 310 S. 287—293. Demelius die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das classische und heutige Recht. Gratz 1872. Lenel ed. perp. §. 232.

2) Vgl. l. 1 §. 1 D. testam. quemadm. 29, 3 (= l. 6 D. de transact. 2, 15 Gai. lib. 17. ad ed. prov.): Ratio autem huius edicti manifesta est: neque enim sine iudice transigi neque apud iudicem exquiri veritas de his controversiis, quae ex testamento proficiscerentur, aliter potest quam inspectis cognitisque verbis testamenti,

universorum, quibus quid illic adscriptum est: quin potius publicum est instrumentum.

Der Erbe oder wer sonst etwa Eigenthümer einer Urkunde des bezeichneten Inhalts ist, vermag den dritten Inhaber derselben zu deren Vorweisung schon mit der altcivilen actio ad exhibendum zu zwingen.

L. 3 D. eod.:
(*Gai.* lib. 17. ad ed. prov.) Ipsi tamen heredi vindicatio tabularum sicut ceterarum hereditariarum rerum competit, et ob id ad exhibendum quoque agere potest.

L. 3 §. 5 D. h. t.:
(*Ulp.* lib. 68. ad ed.) Si ipse testator, dum vivit, tabulas suas esse dicat et exhiberi desideret, interdictum hoc locum non habebit, sed ad exhibendum erit agendum, ut exhibitas vindicet . quod in omnibus, qui corpora sua esse dicunt instrumentorum, probandum est.

Jedem Andern dagegen fehlt nach ius civile mit dem Eigenthume an der Urkunde die rechtliche Grundlage, das s. g. iudicium directum, für jene Klage. [3]) Eben deshalb hat sich der Prätor veranlaßt gesehen, einem Jeden, welcher für sich oder für einen Dritten eine letztwillige Verfügungen eines Verstorbenen enthaltende Urkunde einzusehen oder auch abzuschreiben wünscht, die Gewährung dieses Wunsches zu versprechen.

L. 1 pr. D. testam. quemadm. aper. 29, 3:
(*Gai.* lib. 17. ad ed. prov.) Omnibus, quicumque desiderant tabulas testamenti inspicere vel etiam describere, inspiciendi describendique potestatem facturum se praetor pollicetur: quod vel suo vel alieno nomine desideranti tribuere eum manifestum est.

3) Demelius a. a. O. S. 231.

Den Begriff des inspicere erklärt l. 2 §§. 4a sq. eod.:

(*Ulp.* lib. 50. ad ed.) §. 4a. Inspici tabulas est, ut ipsam scripturam quis inspiciat et sigilla et quid [4]) aliud ex tabulis velit spectare. §. 5. Inspectio tabularum etiam lectionem earum indicat.

Ausgenommen von Einsicht und Abschrift bleibt jedoch das Datum der letztwilligen Urkunde, damit nicht dessen Kenntniß Gelegenheit zu Fälschungen gewähre. [5])

L. 2 cit. §. 6: Diem autem et consulem tabularum non patitur praetor describi vel inspici idcirco, ne quid falsi fiat: namque etiam [6]) inspectio materiam falso fabricando instruere potest.

Auch diejenigen Stücke letztwilliger Verfügungen bleiben der Einsicht und Abschrift entzogen, welche der Erblasser derselben entziehen wollte, [6a]) oder welche einem Dritten zur Unehre gereichen.

L. 3 Cod. quemadm. aper. testam. 6, 32:

(*Dioclet. et Maxim.* Aristoteli.) Eius, quod ad causam novissimi patris iudicii pertinet, de calumnia tibi iuranti praeter partem, quam aperiri defunctus voluit vel ad ignominiam alicuius pertinere dicitur, inspiciendi ac describendi praeter diem et consulem tibi rector provinciae facultatem fieri iubebit.

Die zwecks förmlicher Eröffnung einem Magistrate vorgelegte Urkunde einer letztwilligen Verfügung bleibt wenigstens bis zur völligen Regulirung des Erbverfahrens

4) quidquid *scr.* M.

5) Vgl. l. 1 §. 2 D. de ed. 2, 13. Mühlenbruch a. a. O. S. 389 f. N. 6.

6) ea *scr.* M.

6a) Vgl. auch l. 8 und l. 9 D. testam. quemadm. 29, 3. — L. 89 §. 7 D. de legat. II.

in der Urschrift bei den Gerichtsacten. [7]) Solange dies der Fall ist, läßt sich jenes Versprechen des Prätors durch Auftrag an die Gerichtscanzlei unmittelbar erfüllen. Eben hiervon ist l. 3 Cod. cit. zu verstehen. Weder durch ihren Wortlaut, noch durch ihre Stellung in der Compilation weiset sie auf das interdictum de tabulis exhibendis hin, auf das sie gewöhnlich bezogen wird; [8]) und ebenso wenig wird diese Beziehung dadurch geboten, daß sie zur Erlangung der facultas inspiciendi ac describendi die Ableistung des Calumnieneides fordert. Denn dieser Eid setzt keineswegs mit Nothwendigkeit ein Streitverfahren voraus, [9]) kommt vielmehr auch außerhalb eines solchen vor. [10]) Wir

7) Paul. R. S. IV, 6, 1 sq. l. 18 Cod. de testam. 6, 23. vgl. l. 4 §. 3 D. fam. ercisc. 10, 2 (Ulp. lib. 19. ad ed.) und dazu Mühlenbruch a. a. O. S. 383—389.

8) S. z. B. Demelius a. a. O. S. 234 N. 1. Windscheid Pand. Thl. III §. 567 N. 2 unter c.

9) In einem Streitverfahren über Exhibition wird er erwähnt in l. 15 D. ad exhib. 10, 4. l. 6 §. 2. l. 9 §. 3 D. de ed. 2, 13. Vgl. Wetzell System des ordentlichen Civilprocesses §. 29 N. 24.

10) L. 15 pr. §. 1 D. de reb. auct. 42, 5 (Ulp. lib. 62. ad ed.): — ego puto creditoribus instrumentorum etiam ἀναγραφὴν [i. e. *breviarium*] facere [licere *ins.*], non ut describant ipsa corpora instrumentorum, sed quot sint, de qua re sint, subnotent sibi et quasi inventarium faciant: quod etiam universorum [bonorum *ins.* Krueger] facere eis erit permittendum. praeterea nonnunquam praetor causa cognita etiam describere aliquid ex instrumentis creditoribus debebit permittere, si qua idonea causa interveniat. §. 1. Utrum semel an etiam saepius recognitio et dispunctio concedenda sit creditoribus, videamus. et ait Labeo, amplius quam semel non esse concedendam: si quis tamen, inquit, iuraverit, non calumniae causa se postu-

wissen aber aus dem Berichte des Gaius in l. 1 pr. cit. D. testam. quemadm. 29, 3, daß der Prätor die Einsicht eines im Gewahrsame des Gerichtes befindlichen Testamentes unterschiedslos allen versprach, welche dieselbe wünschen. Hiernach erscheint jede weitere Legitimation des Bittstellers unnöthig; und in der That würde das Erforderniß eines Ausweises über das rechtliche Interesse an der gewünschten Einsicht nicht selten den Zweck jenes Versprechens vereiteln.[11]) Anderseits jedoch konnte der Prätor nicht füglich wollen, daß die Gerichte mit Gesuchen um Einsichtnahme in letztwillige Verfügungen von Leuten belästigt würden, welche die Grundlosigkeit ihres Gesuches kennen. Um derartige Gesuche fernzuhalten, ist der Calumnieneid gewiß ein geeignetes Mittel. Nun aber bekundet l. 3 cit., daß in dem den rescribirenden Kaisern vorgetragenen Falle gemäß der Anordnung des Erblassers ein Theil seiner letztwilligen Verfügung einstweilen uneröffnet bleiben soll, ein andrer zur Unehre eines Dritten gereicht: die Verfügung im ganzen muß also bereits vor der Anfrage eröffnet worden sein und ordentlicherweise demnach noch in der Registratur des Gerichtes liegen, da das Erbverfahren seine endgültige Regelung vor der vollständigen Eröffnung der letztwilligen Bestimmungen gar nicht erhalten konnte. Damit dürfte die von uns behauptete Beziehung der l. 3 cit. dargethan sein.

Befindet sich die eine letztwillige Verfügung enthaltende Urkunde bei einem Privaten, so erfüllt der Prätor seine Verheißung, indem er diesen zur Exhibition jener Urkunde nöthigt. Das hierauf bezügliche Edict lautet:

(L. 1 pr. D. h. t. *Ulp.* lib. 68. ad ed.): Praetor ait:

lare neque habere, quae dispunxerit, iterum ei faciendam potestatem ait, nec amplius quam bis.

11) Vgl. unten Ziffer 2 a. E.

„Quas tabulas Lucius Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicetur, si hae penes te sunt aut dolo malo tuo factum est, ut desinerent esse, ita eas illi exhibeas. item si libellus aliudve quid relictum esse dicetur, decreto comprehendam."

Der erste Satz giebt die Formel des Interdictes, welches die Exhibition der auf ein Testament bezüglichen Urkunde anbefiehlt; der zweite Satz verheißt den Erlaß eines Interdicts auf Exhibition [12]) der eine andere letztwillige Verfügung enthaltenden Urkunden.

Was exhibere in diesem Zusammenhange bedeutet, sagt l. 3 §. 8 D. h. t.:

(*Ulp.* lib. 68. ad ed.) Quid sit exhibere, videamus. exhibere hoc est materiae ipsius adprehendendae copiam facere. [13])

12) Decretum. S. Thl. 1 dieser Serie S. 193 f. N. 3.

13) Exhibere ist hier also in dem nämlichen Sinne zu verstehen, wie bei der actio ad exhibendum gemäß der ohne Zweifel auf diese Klage bezüglichen l. 22 D. de V. S. 50, 16 (Gai. lib. 4. ad ed. prov.): exhibere est praesentiam corporis facere. (Vgl. über den ursprünglichen Zusammenhang dieser Stelle Lenel palingenesia vol. I col. 195 fr. 97 n. 2 und Demelius a. a. O. S. 53). Einigermaßen zweifelhaft dagegen erscheint es mir, ob auch l. 246 pr. eod. auf die actio ad exhibendum bezogen werden dürfe, wie Demelius a. a. O. meint. Dazu stimmt es allerdings, daß in §. 1 leg. cit. von Restitution körperlicher Sachen die Rede ist; allein wir wissen gar nicht, ob §. 1 schon ursprünglich in so engem Zusammenhange mit dem principium gestanden hat, daß daraus eine Schlußfolgerung auf den Gegenstand des letztern statthaft ist. Der Inhalt des principium selbst weiset vielmehr auf das Exhibiren freier Menschen hin; davon dürfte auch die Begriffsbestimmung: exhibet, qui praestat eius, de quo agitur, praesentiam — zu ver-

Und zwar soll die Exhibition vor dem Prätor erfolgen, damit dieser das zur förmlichen Eröffnung des Testamentes Erforderliche nöthigenfalls zwangsweise verfügen könne.

L. 3 cit. §. 9: Exhibere autem apud praetorem oportet, ut ex auctoritate eius signatores admoniti venirent ad recognoscenda signa: et si forte non obtemperent testes, *Labeo* scribit coerceri eos a praetore debere. [14])

Die letzte Stelle zeigt zugleich, daß die Exhibitionspflicht als solche keineswegs auf Vorweisen vor dem Jurisdictionsmagistrate geht, dieses vielmehr aus besonderm Grunde gerade nur bei unserm Interdicte vorgeschrieben ist, [15]) —

stehen sein. Schmidt, Interdictenverfahren S. 48, bezieht die Begriffsbestimmung Labeos auf die Exhibition von freien Menschen und Sachen zugleich. Er bemerkt übrigens N. 25 treffend, daß Pomponius mit derselben nicht einverstanden sei, die Stelle also in der vorliegenden Fassung eine Veränderung erlitten habe. Vgl. auch Mommsen ad h. l.

14) Vgl. l. 4—l. 7 D. testam. quemadm. 29, 3.

15) Es wird freilich oft angenommen, daß auch die mittels der actio ad exhibendum geltend gemachte Exhibitionspflicht auf ein Vorweisen in iure gehe, und zwar gemäß der Legaldefinition in l. 2 D. ad exhib. 10, 4 (Paul. lib. 21 ad ed. S. Lenel palingen. vol. I col. 1008 fr. 341 und n. 1 dazu vbd. mit col. 1005 fr. 328 sq.): Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia. Demelius a. a. O. S. 56. Allein eine Exhibition in iure wäre ebenso zwecklos gewesen, wie eine Restitution in iure; und so wenig letztere vorgeschrieben ist, so wenig dürfen wir bis zum Beweise des Gegentheils glauben, daß erstere vorgeschrieben gewesen sei. Jener Beweis liegt jedoch durchaus nicht in dem Wörtchen „in publico" der l. 2 cit.; es ist ganz willkürlich, dasselbe für gleichbedeutend zu halten

und obendrein, da jener Grund nur dann zutrifft, wenn die Urkunde der letztwilligen Verfügung noch nicht eröffnet worden ist, eben nur in diesem Falle.[15a])

Einsicht kann übrigens verlangt werden nicht nur in Testamente, sondern in alle letztwilligen Verfügungen, auch in Pupillartestamente,[15b]) sofern nicht dieselben gemäß dem Willen des Testators einstweilen uneröffnet bleiben sollen.

mit „in iure," — vollends da es nicht der Ausdruck eines Gesetzes oder des Edictes ist, sondern dem auslegenden Juristen angehört; hätte dieser „in iure" gemeint, wie wäre er dazu gekommen, einen so viel unbestimmtern Ausdruck zu gebrauchen? Die von der Glosse ad l. 2 cit. v. *in publico* für die von ihr darin erblickte Bedeutung „apud magistratum vel apud iudicem" angeführte l. *in publicum* (l. 1 §. 6) D. de fugit. 11, 4 (In publicum deduci intelleguntur qui magistratibus municipalibus traditi sunt vel publicis ministeriis) beweiset in ihren Schlußworten das gerade Gegentheil. Es ist doch nur ein Verlegenheitsbehelf, wenn Demelius a. a. O. S. 59 ff. behauptet, die Condemnation des außergerichtlich exhibirenden Beklagten, welche m. E. unweigerlich hätte erfolgen müssen, wenn wirklich gerichtliche Exhibition anbefohlen war, sei wegen mangelnden Interesse des Klägers abgeschnitten gewesen. Wozu überhaupt etwas vorschreiben, woran nicht einmal der Kläger Interesse hat?! Bemerkenswerth ist es auch, daß die Paraphrase der Institutionen IV, 15, 1 als Gebot der exhibitorischen Interdicte ein *εἰς μέσον φέρεσθαι, ἀχθῆναι* angiebt. Hiernach wird sicher auch nach l. 3 §. 8 D. de hom. lib. exh. 43, 29 (Ulp. lib. 71. ad ed.: Ait praetor „exhibeas". exhibere est in publicum producere et videndi tangendique hominis facultatem praebere: proprie autem exhibere est extra secretum habere) ein Vorführen in ius für die Exhibition eines Freien nicht erfordert worden sein.

15a) S. unten Ziffer 3 zu N. 51.

15b) Vgl. l. un. Cod. h. t. (unten S. 249).

L. 1 cit. pr. §. 2 D. h. t.
Pr. (s. oben S. 240) §. 2: Hoc interdictum pertinet non tantum ad testamenti tabulas, verum ad omnia, quae ad causam testamenti pertinent: ut puta et ad codicillos pertinet.

L. 2 cit. §. 2 D. testam. quemadm. aper. 29, 3: Ad causam autem testamenti pertinere videtur id, quodcumque quasi ad testamentum factum sit, in quacumque materia fuerit scriptum, quod contineat supremam voluntatem: et tam principales quam secundae tabulae edicto continentur.

Und zwar müssen auf Verlangen eines Interessenten auch die Urkunden über solche letztwillige Verfügungen zur Einsicht vorgelegt werden, welche aus irgend einem Grunde ungültig sind, mögen sie gefälscht (falsa), von vornherein nichtig errichtet (ab initio inutiliter, non iure facta, iniusta i. d. S., imperfecta i. d. S.) oder hinterher nichtig geworden sein, und mag das Letzte geschehen sein durch Verlust der testamenti factio des Erblassers (irrita) oder durch agnatio posthumi praeteriti oder durch Errichtung eines neuen gültigen Testamentes (rupta).

L. 2 cit. §. 1 D. 29, 3: Testamentum autem proprie illud dicitur, quod iure perfectum est: sed abusive testamenta ea quoque appellamus, quae falsa sunt vel iniusta vel irrita vel rupta: itemque imperfecta solemus testamenta dicere.

L. 1 cit. §. 3 D. h. t.: Sive autem valet testamentum sive non, vel quod ab initio inutiliter factum est, sive ruptum [sit] vel in quo alio vitio, sed etiam si falsum esse dicatur sive ab eo factum, qui testamenti factionem non habuerit: dicendum est interdictum valere.

Eben deshalb kommt es nicht darauf an, ob das Testament, dessen Vorlegung verlangt wird, das jüngste des

Erblassers ist oder ein älteres: das eine wie das andere muß vorgelegt werden.

L. 1 cit. §. 4 D. h. t.: Sive supremae tabulae sint sive non sint, sed priores, dicendum interdictum hoc locum habere. §. 6: Proinde et si plures tabulae sint testamenti, quia saepius fecerat, dicendum est interdicto locum fore: est enim quod ad causam testamenti pertineat, quidquid quoquo tempore factum exhiberi debeat.[16])

L. 2 cit. §. 3 D. testam. quemadm. 29, 3: Si plura sint testamenta, quae quis exhiberi desiderat, universarum ei facultas facienda est.

Um so mehr kann die Exhibition sämmtlicher Urkunden verlangt werden, welche zusammen nur Ein Testament enthalten, sei dies so, daß eine jede eine von mehreren Originalausfertigungen einer und derselben letztwilligen Verfügung ist, oder so, daß jede nur ein Stück der ganzen letztwilligen Verfügung bildet. Beides ist ausgesprochen in l. 3 cit. §. 1 D. h. t.:

Si tabulae in pluribus codicibus scriptae sunt, omnes interdicto isto continentur, quia unum testamentum est.[16a])

16) Ist etwa zu lesen: etenim (edd.) quod ad causam testamenti pertineat quidquid est quoquo tempore factum, exhiberi debet (M.)?

16[a]) 1. mehrere Originalausfertigungen des ganzen Testamentes: §. 13 J. de testam. ord. 2, 10: Sed et unum testamentum pluribus codicibus conficere quis potest, secundum obtinentem tamen observationem omnibus factis. quod interdum et necessarium est, si quis navigaturus et secum ferre et domi relinquere iudiciorum suorum contestationem velit, vel propter alias innumerabiles causas, quae humanis necessitatibus imminent. L. 24 D. qui testam. 28, 1. l. 4 D. de his, quae in

Selbstverständlich unterliegt das Testament eines Haussohnes über sein castrense peculium der Exhibition.

L. 1 cit. §. 8: Item si filius familias fecerit testamentum, qui de castrensi peculio testabatur, habet locum interdictum.

Nicht minder versteht sich dies gemäß der fictio legis Corneliae vom Testamente eines in feindlicher Gefangenschaft verstorbenen Bürgers.

L. 1 cit. §. 9: Item est et si is, qui testamentum fecit, apud hostes decessit.

Aber auch dann, wenn es bestritten ist, ob der Testator bei Errichtung seines letzten Willens die testamenti factio gehabt habe, soll die von ihm getroffene letztwillige Verfügung exhibirt werden.

L. 1 cit. §. 7: Sed et si de statu disceptetur, si testator filius familias vel servus hoc fecisse dicatur, et hoc exhibebitur.

So kann denn l. 1 cit. §. 5 allgemein aussprechen: Itaque dicendum est ad omnem omnino scripturam testamenti, sive perfectam sive imperfectam, interdictum hoc pertinere.

Indessen ist unter einem testamentum imperfectum hier nur eine solche Urkunde mit Erbeseinsetzung zu ver-

testam. del. 28, 4. l. 10 pr. D. testam. quemadm. 29, 3. l. 47 D. de legat. II. l. 1 §. 5 D. de B. P. sec. tab. 37, 11. cf. l. 1 cit. §. 7. l. 12 D. testam. quemadm. 29, 3. Sueton. Aug. c. 101. Tib. c. 76. — 2. jede Urkunde nur ein Stück des ganzen Testamentes: l. 1 cit. §. 6 D. de B. P. sec. tab. 37, 11 (Ulp. lib. 39. ad ed.): Sed si in duobus codicibus simul signatis alios atque alios heredes scripserit et utrumque extet, ex utroque quasi ex uno competit bonorum possessio, quia pro unis tabulis habendum est et supremum utrumque accipiemus.

stehen, welche wenigstens den Anschein eines vorschriftsmäßigen Verschlusses hat oder doch gehabt hat; andernfalls liegt überhaupt nichts vor, was die Bezeichnung „Testament" verdiente, sondern nur der Entwurf oder höchstens der Versuch eines solchen, und das Interdict findet daher nicht statt.[16b]) Seitdem auch für Codicille eine Form vorgeschrieben ist, muß dies analog für sie gelten.

L. 6 pr. D. de lege Cornel. de falsis 48, 10: (*African.* lib. 3. quaest.) Si quis legatum sibi adscripserit, tenetur poena legis Corneliae, quamvis inutile legatum sit: nam et eum teneri constat, qui eo testamento, quod postea ruptum vel etiam quod ab initio non iure fieret, legatum sibi adscripserit. hoc tamen tunc verum est, cum perfectum testamentum erit. ceterum si non signatum fuerit, magis est, ut senatus consulto locus non sit, sicuti nec interdictum de tabulis exhibendis locum habet: prius enim oportet esse aliquod testamentum vel non iure factum, ut senatus consulto locus sit. nam et falsum testamentum id demum recte dicitur, quod, si adulterinum non esset, verum tamen testamentum recte dicetur.[16c]) similiter igitur et non iure factum testamentum id appellatur, in quo si omnia rite facta essent, iure factum testamentum diceretur.

Auf den Stoff der die letztwillige Verfügung enthaltenden Urkunde kommt es nicht an.

16b) So schon die Glosse ad. l. 1 §. 5 cit. ad v. *imperfectam*: Tu dic secundum Azonem, quod pro imperfecto qualibet ex causa datur hoc interdictum, excepto pro imperfecto consignationis sive sigillationis ut ibi [sc. in l. 6 pr. D. de lege Cornel. de falsis 48, 10] etc.

16c) non esset, sed verum, testamentum recte diceretur *scr.* M.

Paul. R. S. IV, 7, 6 i. f.: — tabularum autem appellatione chartae quoque et membranae continentur.[16d])

Vorausgesetzt aber wird für den Anspruch auf Einsichtnahme in eine letztwillige Verfügung stets, daß der angebliche Erblasser wirklich todt ist oder rechtlich als todt gilt.

L. 2 cit. §. 4 D. 29, 3: Si dubitetur, utrum vivat, an decesserit is, cuius quis quod ad causam testamenti pertinet inspici describique postulat, dicendum est praetorem causa cognita statuere [id] debere, ut, si liquerit eum vivere, non permittat.

Die Unverbindlichkeit des interdictum de tabulis exhibendis hinsichtlich der Verfügung eines noch Lebenden begründet Ulpian noch durch den Hinweis darauf, daß die Fassung des Interdictes von reliquisse letztwilliger Urkunden rede.

L. 1 cit. §. 10 h. t.: Hoc interdictum ad vivi tabulas non pertinet, quia verba praetoris „reliquerit“ [17]) fecerunt mentionem.

2. Die actio ad exhibendum setzt voraus, daß dem Kläger an der Sache, deren Exhibition er begehrt, ein, gegenwärtiges oder künftiges, Recht zustehe, welches er mittels des s. g. iudicium directum geltend machen kann; [18]) jenes Recht begründet das, die Activlegitimation für die actio ad exhibendum bildende, Interesse an der Exhibition und muß daher bei dieser Klage, wenngleich nur summatim,

16d) L. 1 pr. D. de B. P. sec. tab. 37, 11: (Ulp. lib. 39. ad ed.) Tabulas testamenti accipere debemus omnem materiae figuram: sive igitur tabulae sint ligneae sive cuiuscumque alterius materiae, sive chartae sint sive membranae vel si corio [alicuius animalis], tabulae recte dicentur.

17) relinquendi *scr.* M.

18) Demelius a. a. O. S. 85—157.

festgestellt werden. In ähnlicher Weise hat man die Activlegitimation zum interdictum de tabulis exhibendis in einem rechtlichen Interesse an der Einsicht der tabulae gesucht, welches wahrscheinlich zu machen, nöthigenfalls durch das iusiurandum calumniae zu beglaubigen sei;[19]) ja, vereinzelt ist sogar die Meinung geäußert, es müsse „das Interesse auf irgend eine Weise wirklich erwiesen sein," ein Calumnieneid sei daneben nur „aus besonderen Veranlassungsgründen (z. B. öfters wiederholter Antrag auf Exhibition)" statthaft.[20]) Es begreift sich wohl ohne weiteres, daß in den allermeisten Fällen gerade solche Personen die Exhibition einer letztwillige Verfügungen enthaltenden Urkunde verlangen, welche mit mehr oder minder großer Sicherheit glauben, darin bedacht zu sein, und auch wirklich darin bedacht sind. Mehr jedoch, als diese rein statistische Thatsache, bezeugt l. 3 cit. §. 10 D. h. t. nicht.

> Solent autem exhiberi tabulas desiderare omnes omnino, qui quid in testamento adscriptum habent.

Von einem vorgängigen Nachweise der Erbenqualität kann in der Stelle, wie Demelius[21]) scharfsinnig bemerkt, um so weniger die Rede sein, als sie gemäß dem Zusammenhange mit dem vorhergehenden §. 9[22]) uneröffnete Testamente voraussetzt.

Und umgekehrt ist es ebenso selbstverständlich, daß namentlich ein Erbinteressent sich des Interdicts zweckmäßig bedienen kann, wie dies ausdrücklich bekundet

19) Puchta Pandekten §. 398. Arndts Pandekten §. 346 Anm. 4. Aehnlich wohl Mühlenbruch in diesem Commentar Thl. 43 §. 1502 S. 389 zu N. 3. Windscheid Pandekten Thl. III §. 567 zu N. 2.

20) Sintenis Civilrecht Bd. III §. 181 Anm. 12.

21) A. a. O. S. 237.

22) S. oben S. 241.

L. un. Cod. h. t. 8, 7:
(*Valerian.* et *Gallien.* Germano.) Si in potestate patris fuerunt impuberes filii, et vos eis estis substituti, atque ita ad vos intra pubertatem illis decedentibus coepit hereditas pertinere, de exhibendis testamenti tabulis interdicto uti potestis.

Allein unser Interdict würde in zahlreichen Fällen seinen Zweck verfehlen, wenn seine Ertheilung davon abhängig wäre, daß der Impetrant vorweg sein Interesse an der begehrten Einsicht in die letztwillige Verfügung auch nur wahrscheinlich zu machen hätte: das ist recht oftmals gänzlich unausführbar. Und doch ist es gewiß nicht ungerechtfertigt, daß z. B. derjenige die Einsicht in das Testament eines Freundes verlangt, welchem der Letztere kurz vor seinem Ableben unter vier Augen anvertraut hat, er habe ihn unlängst zu Erben eingesetzt. Nicht einmal das läßt sich darthun, daß, wenigstens beim Mangel eines anderweiten Ausweises über das Interesse, der Calumnieneid eine nothwendige Voraussetzung des agere ex interdicto gebildet habe. L. 3 cit. Cod. quemadm. aper. testam. 6, 32, welche als Beleg für die hier bekämpfte Behauptung aufgeführt zu werden pflegt, [23]) spricht, wie wir gesehen haben, gar nicht von unserm Interdicte. Nur das läßt sich behaupten, daß der Impetrat die Befugniß hatte, vor dem Erlasse des Interdicts den Calumnieneid zu fordern, ganz ebenso wie die nämliche Befugniß vor der Ertheilung jeder Klage dem Beklagten zustand. [24])

In der That schweigt das in l. 1 pr. uns überlieferte Edict über die Exhibition letztwilliger Urkunden von Voraussetzungen in der Person des Impetranten völlig,

23) S. oben Ziffer 1 N. 8 S. 238.
24) Gai. IV, 176: Liberum est autem ei, cum quo agitur — iusiurandum exigere, non calumniae causa agere.

wie ja auch die allgemeine Verheißung des Prätors hinsichtlich der potestas inspiciendi vel describendi laut l. 1 pr. D. testam. quemadm. 29, 3 [25]) schlechthin an alle gerichtet ist, welche irgend den Wunsch nach jener Möglichkeit hegen.

Wir werden demnach von jedem Nachweise eines Interesse an der Vorweisung abzusehen haben. [26])

3. Verpflichtet zur Exhibition einer letztwilligen Urkunde ist laut der Fassung des interdictum de tabulis exhibendis [27]) derjenige, penes quem jene Urkunde sich befindet.

Den Begriff des penes aliquem esse bestimmt Ulpian im 71. Buche seines Edictscommentares [28]) im Gegensatze zu dem apud aliquem esse, worin die Passivlegitimation für das interdictum de liberis exhibendis liegt, als ein quodam modo (ab eo) possideri. Was aber hiermit gemeint ist, veranschaulicht er bei Erörterung unseres Interdictes im 68. Buche seines Commentars durch Casuistik. Wir haben es danach zu verstehen zweifellos von dem mit der Detention verbundenen juristischen Besitze, aber auch von der bloßen Detention, selbst von einer solchen, welche wie diejenige des Depositars dem Detentor nicht einmal Gebrauch und Genuß der Sache gewährt. Kann der juristische Besitzer willkürlich die Rückgabe der Sache vom dritten Detentor beanspruchen, wie der Deponent, so haftet er selbst neben dem Detentor; befindet sich die Urkunde bei einem Sclaven, so haftet dessen Herr.

25) S. oben S. 236. Vgl. die Ausführung auf S. 238 f.
26) Vgl. Demelius a. a. O. S. 232 ff. Zustimmend Dernburg Pand. Bd. III §. 157 N. 5.
27) L. 1 pr. D. h. t. (s. oben S. 240).
28) L. 63 D. de V. S. 50, 16. Vgl. Thl. 1 dieser Serie des vorliegenden Commentars §. 1837 Ziffer 59 S. 342 ff.

L. 3 cit. §§. 2—4 D. h. t.:
§. 2. Si tabulae testamenti apud aliquem depositae sunt a Titio, hoc interdicto agendum est et cum eo, qui detinet, et cum eo, qui deposuit. §. 3. Proinde et si custodiam tabularum aedituus [28a]) vel tabularius [28b]) suscepit, dicendum est teneri eum interdicto. §. 4. Si penes servum tabulae fuerint, dominus interdicto tenebitur.

Hat der Detentor den Anspruch darauf, daß ihm die Detention eine Zeit lang belassen werde, wie der Commodatar, [29]) so kann zwar er selbst zur sofortigen Exhibition angehalten werden, der juristische Besitzer dagegen haftet nur auf Caution, durch welche er sich verpflichtet, die Urkunde zu exhibiren, sobald er deren Detention wieder erlangt hat oder doch kraft seines juristischen Besitzes wieder zu erlangen vermag. [30]) Dies wird auch für den Proprietar gelten, an dessen Urkunde ein Dritter den Nießbrauch hat: denn dieser Proprietar ist ungeachtet des Nießbrauchs immer noch juristischer Besitzer und hat als solcher, soweit ihm der Nießbrauch nicht entgegensteht, die thatsächliche Verfügung über die Urkunde.

28a) D. i. der Aufseher über einen Tempel; in Tempeln nämlich wurden letztwillige Verfügungen oft hinterlegt. S. Mühlenbruch a. a. O. S. 382 N. 84.

28b) D. i. ein städtischer Rechnungsführer und Archivar. S. v. Bethmann-Hollweg röm. Civilprozeß Bd. 3 §. 144 S. 173.

29) Man denke an ein Commodat der Testamentsurkunde zu dem Zwecke, dieselbe als Vorbild für das eigne Testament zu benutzen.

30) Arg. l. 12 §. 5 D. ad exhib. 10, 4 (Paul. lib. 26. ad ed.) Si iusta ex causa statim exhiberi res non possit, iussu iudicis cavere debebit se illo die exhibiturum. Demelius a. a. O. S. 171 f.

Dagegen haftet dem interdictum de tabulis exhibendis nicht, wer die letztwillige Urkunde zu Faustpfand gegeben hat. Freilich dauert die von ihm etwa begonnene Ersitzung der Urkunde fort; allein juristischer Besitzer ist er nicht: er kann den Faustpfandgläubiger auch nach Tilgung der Pfandschuld nur mittels der Contractsklage oder einer dinglichen Klage zur Rückgabe der Urkunde nöthigen; es fehlt ihm demnach in der That die exhibendi facultas. Wir finden dies bestätigt in der von der actio ad exhibendum handelnden l. 16 D. de usurp. 41, 3:

(*Javolen.* lib. 4. ex Plautio.) Servi nomine, qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est, quia qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet, ita ut adici possit et possessio eius, qui pignori dedit.

Dasselbe muß vom precario dans gelten, obwohl auch er ad usucapionem besitzt, und es deshalb von ihm heißt, daß die precario gegebene Sache penes eum sei, quia non discessit animo possessione,[31]) ja geradezu: et ipsum possidere.[32]) Es steht sogar völlig in seinem Belieben, den Besitz der Sache vom Precaristen zurückzuverlangen. Allein er ist eben nicht mehr juristischer Besitzer: die Rückgabe der Sache zu erzwingen, steht ihm nur das, petitorische, interdictum de precario und die sonst etwa für ihn begründete petitorische Klage zu Gebote; diese Möglichkeit aber ist noch nicht die facultas exhibendi. Sonst hätte jene facultas auch der nicht besitzende Eigenthümer, sofern er mittels der rei vindicatio die thatsächliche Verfügung über seine Sache wieder zu erlangen imstande ist.

31) L. 15 §. 4 D. de prec. 43, 26.
32) L. 3 §. 5 D. de a. p. 41, 2 — und dazu s. Thl. 2 S. 184 ff.

Wie indessen die facultas exhibendi für die actio ad exhibendum keineswegs nothwendig juristischen Besitz oder Detention voraussetzt, so kann auch das tabulas penes eum esse, quocum interdicitur, ohne das Eine oder das Andre vorhanden sein. Quodam modo possidet, läßt sich auch von demjenigen sagen, in dessen Behausung ein Dritter heimlich die Testamentsurkunde versteckt hat; sicherlich aber ist er nicht einmal Detentor derselben, bevor er um ihr Vorhandensein bei ihm weiß.

Abgesehen von der Nothwendigkeit, eine noch nicht eröffnete letztwillige Verfügung zwecks förmlicher Eröffnung dem Prätor vorzulegen, [33]) besteht hinsichtlich der Exhibitionspflicht kein Unterschied zwischen dem Falle, wo die Urkunde noch uneröffnet ist, [34]) und demjenigen, wo deren Eröffnung in irgend einer Weise bereits stattgefunden hat. [35])

Die Weise, in welcher der Prätor die Erfüllung jener Pflicht erzwingt, richtet sich nach dem Verhalten des Verpflichteten. Räumt er ein, daß die Urkunde bei ihm sei, so wird ihm deren Exhibition einfach anbefohlen; ist er außerstande, sofort zu exhibiren, so wird ihm eine den Umständen angemessene Frist zur Exhibition gesetzt. Gestattet er Einsicht und Abschrift der Urkunde nicht, obwohl er nicht bestreitet, daß dieselbe bei ihm ist, so wird er durch die Zwangsmittel der magistratischen Gewalt zu jener Gestattung genöthigt. [36]) Leugnet er endlich, daß die Urkunde bei ihm sei, m. a. W., daß er exhibiren könne, oder be-

33) S. oben Ziffer 1 S. 241 f.

34) L. 3 §. 9 D. h. t. (s. oben S. 241).

35) L. 1 pr. §. 1 D. testam. quemadm. 29, 3 (s. oben S. 235 N. 2 und S. 236). L. 5 D. h. t. (s. unten S. 254). Mühlenbruch a. a. O. S. 382 f.

36) S. darüber Thl. 2 dieser Serie des Commentars §. 1838 Ziffer 83 S. 11 f.

hauptet er zur Exhibition nicht verpflichtet zu sein, so ertheilt der Prätor das interdictum de tabulis exhibendis.

L. 1 cit. §. 1 D. h. t.: Si quis forte confiteatur penes se esse testamentum, iubendus est exhibere, et tempus ei dandum est, ut exhibeat, si non potest in praesentiarum exhibere . sed si neget se exhibere posse vel oportere, interdictum hoc competit.

L. 2 cit. §§. 7 sq. D. testam. quemadm. 29, 3: §. 7. Utrum autem in continenti potestatem inspiciendi et describendi iubet, an desideranti tempus dabit ad exhibitionem? et magis est, ut dari debeat secundum locorum angustias seu prolixitates. §. 8. Si quis non negans apud se esse tabulas non patiatur inspici et describi, omnimodo ad hoc compelletur: si tamen neget penes se tabulas esse, dicendum est ad interdictum rem mitti, [37]) quod est de tabulis exhibendis.

Zweifelhaft kann nur sein, was mit dem negare se exhibere oportere der l. 1 §. 1 cit. gemeint werde. Demelius [38]) weiset die Beziehung dieses Ausdrucks auf besondere Gründe ab, welche im Einzelfalle von der Exhibitionspflicht befreien. Namentlich bestreitet er, daß von einem exhibere non oportere geredet werden könne in den Fällen der l. 5 D. h. t.

Javolen. lib. 13. ex Cassio: De tabulis proferendis interdictum competere non oportet, si hereditatis controversia ex his pendet aut si ad publicam quaestionem pertinet: [39]) itaque in aede sacra interim deponendae sunt aut apud virum idoneum.

Hier handle es sich nur um die vom Prätor zu be=

37) rem remitti Ruckerus sec. M.
38) A. a. O. S. 234 f.
39) pertinent *scr.*

stimmende Reihenfolge zweier Processe, um eine Suspension des Interdicts bis nach entschiedenem iudicium maius; es komme also zunächst gar nicht zum Interdict (non competit), während in l. 1 §. 1 gerade das exhibere se oportere negare zum Erlasse des Interdicts führe (competit).

Indessen hat weder Demelius noch Bülow,[40]) auf den jener sich beruft, die in l. 5 cit. behandelten Thatbestände zu veranschaulichen gesucht. Mir wenigstens ist es nicht klar, was Bülow meint, wenn er sagt: „Auch das interdictum de tabulis exhibendis wird nicht ertheilt, solange ein damit zusammenhängender Erbschaftsproceß anhängig ist.“ Womit und wieso zusammenhangend? Kaum verständlicher ist die Glosse ad v. *pendet*: quia lis est contestata: ut puta duo sumus Titii: et in tabulis est institutus Titius . uterque nostrum per petitionem hereditatis in solidum sibi asserit hereditatem . non ergo agetur amodo hoc interdicto, quia est praeparatorium, sicut est actio ad exhibendum . et ideo ante litem contestatem super petitionem hereditatis debuit proponi. Es erhellt nicht, gegen wen die hereditatis petitio eines jeden der Erbprätendenten aus dem Testamente gerichtet sein soll: ob gegen den andern Erbprätendenten oder gegen einen dritten Besitzer von Nachlaßstücken; — ebenso wenig, wer als Inhaber der Testamentsurkunde gedacht ist: der Gegenprätendent, der dritte Besitzer von Nachlaßstücken oder ein Vierter.[41])

40) Die Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen S. 137 f. S. 152 N. 43. Aehnlich v. Keller a. a. O. S. 291: „Und das Interdict findet ausnahmsweise gar nicht statt, wenn der Proceß über das Erbrecht selbst von dem Testament abhängt, oder wenn über dieses ein publicum iudicium schwebt.“

41) Auch der Casus ad leg. 5 cit. klärt die Sachlage nicht auf.

Auf keinen Fall jedoch darf für den ersten Thatbestand der l. 5 der Gegner im Erbschaftsstreite zugleich als Inhaber der Testamentsurkunde gelten; wenn irgend jemanden, so muß vielmehr gerade diesen die Pflicht treffen, jene Urkunde als instrumentum universorum und publicum zu exhibiren. Es wäre fürwahr ein arges **ὕστερον πρότερον**, hier vorweg den Erbschaftsproceß entscheiden zu lassen, der infolge rechtzeitiger Einsicht des Gegners in das Testament vielleicht eine völlig entgegengesetzte Wendung bekommen würde, — und erst dann, nachdem jener Proceß rechtskräftig entschieden worden ist, der Partei, welche bis dahin dem Gegner das Testament vorenthalten durfte, dessen Vorzeigung zur Pflicht zu machen. Nicht wesentlich besser dürfte es sein, wenn wir uns statt des Gegners im Erbschaftsstreite einen Dritten als Inhaber der Testamentsurkunde denken, von deren Einsicht die Entscheidung des Erbschaftsstreites abhängt. Weder in dem einen noch in dem andern Falle ist ein Grund ersichtlich, welcher die Vorenthaltung der Einsicht in die Urkunde rechtfertigen könnte. Selbst für die unleugbare Nachlässigkeit einer Partei, welche ungeachtet ihrer Kenntniß vom Vorhandensein eines Testamentes sich auf den Erbschaftsproceß einläßt, ohne sich vorher um Einsicht in jenes Testament bemüht zu haben, würde es eine unerhörte Strafe sein, wenn ihr nunmehr während der Dauer des Erbschaftsstreites die rechtliche Befugniß verschlossen bliebe, das Versäumte nachzuholen. Nun jedoch braucht jene Versäumniß gar nicht auf Nachlässigkeit zu beruhen: es ist ja denkbar, daß der Partei z. B. wegen Abwesenheit des Inhabers der Testamentsurkunde die Möglichkeit fehlte, Einsicht in diese Urkunde zu erzwingen. Und wie vollends, wenn sie ohne jegliches Verschulden ihrerseits erst nach Beginn des Erbschaftsstreites vom Dasein eines Testamentes und von dessen Verbleib überhaupt etwas erfahren hätte?! — Auf das Verhältniß unseres Interdictes

zur hereditatis petitio paßt die von der Glosse angerufene Analogie des präparatorischen Verhältnisses der actio ad exhibendum zur rei vindicatio schlechterdings nicht: wo die rei vindicatio ohne weiteres angestellt werden kann, da bedarf es der erstern Klage nicht; wo dagegen diese nothwendig ist, um die vindicatio vorzubereiten, da kann letztere gar nicht eher angestellt werden, als bevor die actio ad exhibendum sie ermöglicht hat. In unserm Falle erscheint es vielmehr einfach selbstverständlich, daß umgekehrt der anhängige Erbschaftsproceß solange sistirt werde, bis die versäumte Einsichtnahme in das maßgebende Testament nachgeholt ist. Neque enim — apud iudicem exquiri veritas de his controversiis, quae ex testamento proficiscerentur, aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti.[42])

Ebenso unbegreiflich ist es, weshalb das interdictum de tabulis exhibendis auch dann einstweilen versagt bleiben soll, wenn das Testament zu einer quaestio publica in Beziehung steht. Die Glosse ad v. *ad publicam quaestionem* bietet freilich eine ganze Auswahl verschiedener Erklärungen. Sie bemerkt: quod est, si falsum dicatur: si tamen controversia iam coepta sit secundum quosdam. Vel dic, quod est, si non sunt tabulae signatae, nec fuerunt ibi signationes: ut infra ad leg. Cornel. de falsis (48, 10) l. *si quis legatum* (6 pr.). Vel tertio, quod est, si in eis sit relicta fisco. nam tunc vero pertinent ad publicam quaestionem, secundum Hugonem. Vel quarto secundum Azonem, quia is, qui agit interdicto, sibi adscripsit in testamento, cuius causa petit sibi exhiberi tabulas. quod lege Cornelia vetitum est: et relictum fisco applicatur, cum auferatur indigno: et secundum hos quattuor modos non est contra supra eod.

42) L. 1 §. 1 D. testam. quemadm. 29, 3.

l. 1 §. *hoc interdictum* (3).[43]) Vel dic ut ibi.[44]) Allein keine der vier hier neben einander gestellten Erklärungen vermag zu befriedigen.

Wir wollen nicht darüber streiten, ob der Ausdruck „publica quaestio“ in unsrer l. 5 von der „publica causa“ einer Universalklage des Fiscus auf den Nachlaß verstanden werden dürfe, welche nach l. 35 D. de J. F. 49, 14[45]) allerdings bewirkt, daß bis zu ihrer Beendigung die Klagen der Erbschaftsgläubiger kraft eines Präjudicialdecretes hinausgeschoben werden.[46]) Allein zu einem solchen Decrete bietet das interdictum de tabulis exhibendis gegenüber jener Universalklage nicht den geringsten Anlaß: handelt es sich ja in beiden Rechtsbehelfen um ganz und gar verschiedene Fragen. Das Interdict dreht sich ausschließlich darum, ob der Impetrat, mag dieser zugleich auch der Beklagte in der Universalklage wegen des Nachlasses sein oder nicht, das Testament des Erblassers zu exhibiren habe; jene Klage aber soll ermitteln, ob der Fiscus Universalsuccessor des Erblassers von Todeswegen sei. Selbstverständlich be-

43) S. oben S. 243.

44) Hier sagt die Glosse ad v. *sed et si falsum*: in hoc est contra infra eod. l. fin. (5 cit.) sed hic antequam de falso ageretur, ibi iam coeperat. Alii, quod ibi criminaliter agebatur de eo, hic civiliter. vel ibi adscripsit sibi, hic non. prima placet. Acc.

45) Pompon. lib. 9. epist.: Si privatus ad se pertinere hereditatem Lucii Titii dicat, altero eandem hereditatem fisco vindicante, quaeritur, utrum ius fisci ante excutiendum sit et sustinendae actiones ceterorum, an nihilominus inhibendae petitiones creditorum singulorum, ne publicae causae praeiudicetur. Idque senatus consultis expressum est. Dazu Planck die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht S. 197 f. N. 3.

46) Bülow a. a. O. S. 151 f. unter 3.

stimmt die Einsicht in das Testament nicht selten den Ausgang der Klage; gerade deshalb aber würde es, wie wir gesehen haben, widersinnig sein, die Pflicht zur Vorweisung des Testamentes bis nach ihrer Entscheidung hinauszuschieben. Erledigt sich damit die dritte Erklärung der Glosse, diejenige Hugos de Porta Ravennate, so bedarf die auf der gleichen Grundlage aufgebaute vierte, diejenige Azos, einer weitern Widerlegung umsoweniger, als sie das Successionsrecht des Fiscus und die thatsächliche Stellung der Parteien in willkürlichster Weise zurechtlegt.

Die zweite Erklärung schließt, wenn ich sie recht verstehe, die gleichzeitige Concurrenz des Interdictes mit der quaestio publica de falso nur dann aus, wenn die Urkunde weder versiegelt ist noch versiegelt gewesen ist. Offensichtlich aber wird diese Beschränkung ebenso willkürlich in die Stelle hineingetragen, als sie ungeeignet ist, das vermeintliche Präjudicialdecret zu begründen: in dem vorausgesetzten Falle ist die quaestio publica nicht minder ausgeschlossen, als das Interdict, weil ja ein „Testament" im erforderlichen Sinne überhaupt nicht vorhanden ist.

So bleibt nur die erste Erklärung der Glosse übrig, welche, wenn ich nicht irre, mit Bülows Ansicht zusammenfällt. Nach ihr wird das Interdict verweigert, solange wegen des Testamentes, dessen Vorzeigung damit gefordert werden sollte, ein crimen publicum de falsis schwebt. Auch hier wird nicht gesagt, wer als Inhaber der Testamentsurkunde zu betrachten sei, ob der Ankläger oder der Angeklagte in dem Strafprocesse, oder ein Dritter; ebenso wenig, wer als Impetrant gedacht werde.

Inzwischen bezeugt uns Ulpian, daß das Interdict gegen den, qui dolo malo possidere desiit, dem crimen falsi unbeanstandet voraufgehen dürfe, weil es für letzteres keine Rechtskraft mache; und daß der Fälscher einer Testamentsurkunde deren Vorweisung nicht deshalb verweigern

könne, weil er eine criminell strafbare Handlung begangen habe, vielmehr umgekehrt die Vorweisung der Urkunde wesentlich zur strafrechtlichen Ueberführung diene.

L. 3 cit. §. 6 D. h. t.:

Si quis dolo malo fecerit, quo minus penes eum tabulae essent, nihilo minus hoc interdicto tenebitur, nec praeiudicatur aliquid legi Corneliae testamentariae, quasi dolo malo testamentum suppresserit . nemo enim ideo impune retinet tabulas, quod maius facinus admisit, cum exhibitis tabulis admissum eius magis manifestetur . et posse aliquem dolo malo facere, ut in eam legem non incidat, ut puta si neque amoverit neque celaverit tabulas, sed idcirco alicui tradiderit, ne eas interdicenti exhiberet, hoc est si non supprimendi animo vel consilio fecit, sed ne huic exhiberet.

Ohne Zweifel von gleichen Anschauungen geleitet, gestattet sodann Paulus, daß das Interdict dem crimen falsi vorangehe, ohne dabei zu unterscheiden, ob der Impetrat als verus oder als fictus possessor haftet.

Paul. lib. 37. ad ed.:

L. 4 D. de publ. iud. 48, 1. Interdum evenit, ut praeiudicium [46a]) (per privatum iudicium *ins. M. sec. Bas.*) iudicio publico fiat, sicut in actione legis Aquiliae et furti et vi bonorum et interdicto Unde vi et de tabulis testamenti exhibendis: nam in his de re familiari agitur.

Hiernach dürfte zugleich jeder Anlaß unerfindlich sein, weshalb der Prätor mittels eines Präjudicialdecretes das

46a) Dies heißt hier: ein Proceß, welcher einem andern vorangeht, mag dies Vorangehen auf rechtlicher Nothwendigkeit beruhen, mag es rein thatsächlich sein. S. Thl. 2 dieser Serie des Commentars S. 290 ff.

Interdict sei es gegen den fictus, sei es gegen den verus possessor der Testamentsurkunde verweigert haben sollte, sobald und solange gegen den Impetraten ein crimen falsi hinsichtlich des nämlichen Testamentes anhängig war. Nach den Schlußworten der l. 5 cit. gehört es zu den von ihr behandelten Thatbeständen, daß die Testamentsurkunde sich beim Impetraten befindet. Gemäß der hier bekämpften Ansicht kann also die Concurrenz des Interdictes mit dem anhängigen crimen falsi nur soweit in Frage stehen, als ersteres gegen den verus possessor gerichtet wird. Auf diesen Fall jedoch paßt völlig ebenso gut, wie auf den Fall, wo das Interdict dem crimen vorangeht, der Ausspruch **Ulpians**: nemo — ideo impune retinet tabulas, quod maius facinus admisit, cum exhibitis tabulis admissum eius magis manifestetur. Folglich dürfen wir den zweiten Thatbestand der l. 5 nicht darin erblicken, daß unser Interdict gegen den ex lege Cornelia testamentaria Angeklagten begehrt werde. Geradezu abgeschmackt jedoch würde vollends die Verweigerung des Interdicts aus dem Grunde sein, weil ein Andrer, als der Impetrat, jenem crimen unterliegt.

Vielleicht möchte man die Beziehung der l. 5 auf ein Präjudicialdecret mittels geschichtlicher Auslegung retten: diese Stelle ist von **Javolenus**, also um etwa ein Jahrhundert älter, als die Aussprüche des **Ulpian** und des **Paulus**. Erst **Ulpian** aber, könnte man sagen, hat die Regel aufgestellt, daß die Verhandlung einer Civilklage durch die Rücksicht auf eine Criminalanklage nicht aufgehalten werde, wenn sie nicht auf Strafe, sondern auf Schadensersatz geht.[47]) Allein es ist ja gar nicht diese Regel, welche **Ulpian** in l. 3 §. 6 cit. zur Anwendung bringt; vielmehr läßt er das Interdict vor der quaestio publica des-

47) L. 7 §. 1 D. de iniur. 47, 10. **Planck** a. a. O. S. 231 ff.

halb unbeanstandet zu, weil es sich in beiden Rechtsbehelfen um ganz verschiedene Thatbestände handelt, nämlich beim Interdicte, sowohl wenn es gegen den wirklichen, als wenn es gegen den fingirten Inhaber geht, um widerrechtliche Vorenthaltung der Urkunde gegenüber dem Impetranten, — bei der quaestio um Fälschung oder um Unterdrückung des Testamentes. Wäre es also auch noch so gewiß, daß Javolenus hinsichtlich dieser Regel einen entgegengesetzten Standpunct eingenommen habe, als Ulpian, so würde daraus doch nimmer die Entscheidung der l. 5 gemäß der herrschenden Auffassung folgen.

Und keinenfalls läßt sich damit diese Entscheidung in der Compilation beseitigen, wo sie vermöge ihrer Stellung ebenso wie l. 3 §. 6 cit. eod. das geltende Recht aussprechen soll.

Endlich bleibt es unverständlich, wie sich zu der Ansicht, wonach gemäß l. 5 das Interdict vor Beendigung eines anhängigen Erbschaftsstreites oder einer anhängigen quaestio publica gar nicht ertheilt werden darf, die Vorschrift in den Schlußworten dieser Stelle verhalte, nach der das Testament einstweilen in aede sacra oder bei einem sichern Manne zu hinterlegen ist. Geht diese Vorschrift von dem nämlichen Prätor aus, der das Interdict verweigert? und wie kommt dieser dazu, sie zu ertheilen? bedarf es dazu eines Antrags seitens des Impetranten, sei es eines eventuell mit der Bitte um das Interdict verbundenen, sei es eines der Abweisung des Interdictes folgenden? oder schreitet der Prätor von Amtswegen ein? Welcherlei Rechtsbehelf liegt im einen wie im andern Falle vor, wo das Interdict mit Rücksicht auf einen schwebenden Erbschaftsproceß verweigert worden ist? Und sofern hier nach Verweigerung des Interdictes ein ganz neues Verfahren erforderlich ist, nach welchem Gesichtspuncte bestimmt sich dessen Gerichtsstand? Wie ferner wird etwa der Civilprätor, der

das Interdict wegen einer anhängigen quaestio publica verweigert hat, zu der vorläufigen Verfügung hinsichtlich der Aufbewahrung der Urkunde zuständig, während doch eine solche Verfügung in die Zuständigkeit des Vorsitzenden der quaestio publica gehört? Ist aber jener Civilprätor nicht zuständig, wer ist es außerhalb der quaestio dann?

Schwerlich jedoch ist der Ausweg aus diesem Labyrinthe von Bedenken, in welches die bisher betretene Bahn hineinführt, darin zu entdecken, daß man mit Sintenis[47a]) die l. 5 „theils davon" versteht, „daß bei schon anhängigem Erbschaftsstreite an die Stelle dieser Obligation (nämlich der durch unser Interdict geltendgemachten) die gewöhnliche Editionspflicht und deren Regeln (?) treten, theils davon, daß der, welcher der Fälschung wegen angeklagt ist, die Exhibition nur im Wege der Vertheidigung beantragen kann." Wo enthält die Stelle eine Andeutung hiervon?

Aber redet sie in der That von einer Verweigerung des interdictum de tabulis exhibendis?[48]) Vielmehr sagt sie von den fraglichen Fällen: De tabulis proferendis interdictum competere non oportet; das jedoch heißt nichts Anderes als: „Betreffs des Vorlegens der Urkunde[48a]) darf

47a) Das practische gemeine Civilrecht 3. Aufl. Thl. 3 §. 181 Anm. 12.

48) Daß die Basiliken XXXV, 5, 4 dies annehmen, dürfte kaum ins Gewicht fallen. Sie lauten: 1) *Ἐὰν ἐξ αὐτῆς τῆς διαθήκης ἀναφύηται φιλονεικία περὶ κληρονομίας, εἰ ἀνήκει πρὸς δημόσιον ζήτησιν, οὐχ ἁρμόζει τὸ* de tabulis exhibendis, *ἀλλ' ἐν τῷ μεταξὺ ἐν ναῷ παρατίθεται.* 2) *Καὶ περὶ τοῦ, εἰ φιλονεικεῖται περὶ τοῦ κλήρου, ἢ εἰς δημόσιον ζήτησιν ὁρᾷ, μὴ κινείσθω τὸ νόμιμον παράγγελμα, ἀλλὰ μεσεγγυάσθω ἡ διαθήκη.*

48a) Vgl. l. 2 pr. D. si serv. 8, 5 (Ulp. lib. 17. ad ed.) De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum, quae ad usumfructum pertinent, tam confessoria quam negatoria etc.

das Interdict nicht zustehen." Und daran schließt sich dann die weitere Bemerkung, was geschehen müsse. M. a. W.: nicht die Zuständigkeit des interdictum de tabulis exhibendis überhaupt wird verneint, sondern nur die Zuständigkeit seiner Richtung auf ein proferre tabulas, d. h. auf ein Vorlegen an den Impetranten. Statt dessen wird ein Hinterlegen in einem Tempel oder bei einem geeigneten Manne als nothwendig anerkannt. Dies kann im dargestellten Zusammenhange kaum etwas Anderes heißen, als: unter den obwaltenden Umständen wird der Impetrat durch das Interdict freilich nicht verpflichtet, das Testament dem Gegner vorzulegen, wohl aber dazu, dasselbe wie angegeben zu hinterlegen; m. a. W. er wird in der actio ex sponsione wie in der actio arbitraria ex interdicto verurtheilt, wenn er nicht wenigstens jene Hinterlegung vornimmt, die dem Impetranten die Möglichkeit der Einsicht des Testaments in einer das Interesse des Impetraten nicht gefährdenden Weise gewährleistet. Und damit ergiebt sich zugleich das Verständniß der Umstände, welche die angegebene Maßgabe der Exhibitionspflicht bedingen. Der Impetrat führt gegen einen Dritten einen Erbschaftsproceß, dessen Entscheidung von der Testamentsurkunde abhängt; er ist als Ankläger, vielleicht auch als Angeklagter, an einem iudicium publicum ex lege Cornelia de falsis betheiligt, welches sich um jene Urkunde dreht: in beiden Fällen könnte die Einsicht der Urkunde durch den Impetranten während des Processes dem Impetraten nachtheilig werden. Anderseits liegt dem Erstern daran, schon jetzt wenigstens die demnächstige Einsicht zu sichern. Beider Interessen finden ihre Ausgleichung in der vorgeschriebenen Hinterlegung.

So verstanden bietet l. 5 cit. keinerlei Schwierigkeit.[49])

49) Daß interdictum competit nicht blos bedeuten kann: „das Interdict wird ertheilt", — sondern ebenso gut auch:

Wir stimmen demnach mit Demelius darin überein, daß in den hier berührten Fällen die an sich begründete Exhibitionspflicht nicht ausgeschlossen wird; [50]) dagegen setzen wir an die Stelle des von ihm behaupteten Aufschubs ihrer Geltendmachung eine Veränderung ihres Inhalts. [50a])

Wenn dies richtig ist, so giebt l. 5 zugleich einen Beleg dafür, daß die Exhibition eines bereits eröffneten Testamentes nicht in iure zu geschehen braucht. [51]) Denn um ein solches muß es sich doch wohl handeln, da man weiß, es hange von ihm die Entscheidung eines Erbschaftsprocesses ab, oder es gehöre dasselbe zu einer Criminalverhandlung wegen Fälschung. [51a])

Ist nun zwar in den Fällen der l. 5 cit. ein exhiberi non oportere nicht zu erblicken, so bestreitet doch derjenige mit Fug, se exhibere oportere, der es leugnet, daß der Urheber der in seinen Händen befindlichen letztwilligen Verfügung bereits verstorben sei. [52]) Und nicht minder thut dies derjenige, der geltend macht, daß die Er-

„das ertheilte Interdict hat verbindliche Kraft", beweisen für gebietende Interdicte z. B. l. 1 §§. 8. 9. 15. l. 2 §. 4 D. quod. legat. 43, 3. l. 1 §§. 23. 45 D. de vi 43, 16. Ueber prohibitorische Interdicte s. Thl. 1 dieser Serie S. 350 f. N. 60.

50) Somit treten wir jetzt auch der in Thl. 1 dieser Serie des Commentars S. 480 unter c von uns befolgten Ansicht Schmidts, Interdiktenverfahren S. 223, entgegen, wonach l. 5 von exceptiones gegen das interdictum de tabulis exhibendis handeln soll.

50a) Vgl. Mühlenbruch in diesem Commentar Thl. 43 S. 383 N. 90, wo auf die Analogie der Deposition der schuldigen Summe in aede sacra hingewiesen wird.

51) S. oben Ziffer 1 S. 241 f.

51a) S. Mühlenbruch a. a. O. S. 382 f.

52) L. 1 §. 10 D. h. t. (s. oben S. 247).

öffnung der bei ihm befindlichen Urkunde vom Erblasser zur Zeit noch untersagt sei, oder daß der Inhalt der bereits eröffneten Urkunde zur Unehre eines Dritten gereiche.[53])

Bei solcher Sachlage wird das Interdict ertheilt, und der iudex hat über Voraussetzungen und Wirkung des Einwandes zu entscheiden. Es ist also nicht nothwendig zur Erklärung des exhiberi non oportere mit Demelius[54]) den Fall eines behaupteten dolo desiisse possidere heranzuziehen. In der That ist ja dieser Fall vom Standpuncte des Impetraten aus schon unter dem se exhibere non posse inbegriffen und deshalb um so weniger in dem se exhibere non oportere zu vermuthen, als die Stelle in ihrem ganzen Zusammenhange vom wirklichen Inhaben der Urkunde handelt, die ficta possessio nicht einmal streift, — ganz davon zu schweigen, daß der Ausdruck bis zur Unverständlichkeit hart sein würde.

4. Wie der wirkliche Inhaber einer eine letztwillige Verfügung enthaltenden Urkunde haftet gemäß dem Wortlaute des Interdicts diesem Rechtsbehelfe auch derjenige, cuius dolo malo factum est, ut tabulae desinerent penes se esse.

Dieser Wortlaut bekundet zugleich, daß unser Interdict bereits aufgestellt worden war, bevor es durch Labeos Auctorität zur Anerkennung gelangt war, daß bei Interdicten semper qui dolo fecit, quo minus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet.[55])

Ausdrücklich finden wir hier die Bemerkung, daß nicht der Pupill, sondern der Vormund als dolo possidere de-

53) L. 3 Cod. quemadm. aper. testam. 6, 32 (s. oben S. 237) und die Stellen der Note 6a.

54) A. a. O. S. 235.

55) S. Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1837 Ziffer 58 S. 336 f.

sinens hafte, wenn durch des Letztern dolus die beim Erstern befindliche Testamentsurkunde abhanden gekommen ist.

L. 4 D. h. t.:

(*Paul.* lib. 69. ad ed.) Si sint tabulae apud pupillum et dolo tutoris desierint esse, in ipsum tutorem competit interdictum: aequum enim est, ipsum ex delicto suo teneri, non pupillum. [56])

Daß dem Interdicte gegen den dolo desinens possidere die exceptio „ne praeiudicium fiat legi Corneliae testamentariae" wegen Unterdrückung der Testamentsurkunde oder dergl. nicht entgegengesetzt werden kann, besagen, wie wir gesehen haben, [57]) l. 3 §. 6 h. t. und l. 4 D. de publ. iud. 48, 1. Wir haben auszuführen versucht, daß auch die Ertheilung des Interdictes gegen den dolo desinens possidere während der Anhängigkeit des crimen falsi wegen der Testamentsurkunde durch ein Präjudicialdecret nicht abgeschnitten wird. [58])

Ulpian bemerkt ausdrücklich, das Interdict greife nicht Platz, wenn das Testament ohne Dolus zerstört sei.

L. 1 cit. §. 11 D. h. t.: Sed et si deletum sine dolo sit testamentum

l. 2 eod. (*Paul.* lib. 64. ad ed.): vel totum vel pars eius,

l. 3 cit. pr.: locum habet hoc interdictum.

Freilich scheint die, von den Basiliken [58a]) bestätigte, Lesart der Florentina das Interdict auch in diesem Falle zu gewähren; indessen kann es einem Zweifel nicht füglich unterliegen, daß in Ulpians Aeußerung eine Verneinung einzurücken sei. Freilich ist der Zusammenhang mit dem

56) S. Thl. 1 dieser Serie §. 1837 Ziffer 69 S. 410 f.

57) S. oben Ziffer 3 S. 260.

58) S. oben S. 260 ff.

58a) XXXV, 5, 1: *εἰ ἀπαλειφθῇ δίχα δόλου ἡ διαθήκη.*

die Zuständigkeit des Interdictes verneinenden §. 10 [58b]) hierfür kein sicherer Beweis, da es denkbar bleibt, daß dieser erst durch die Compilatoren hergestellt worden ist. Allein undenkbar ist es, daß das Interdict jemanden haftbar machen sollte, der ohne jegliches Verschulden eine Testamentsurkunde zerstört, wie dies doch nach jener Lesart angenommen werden müßte. Mommsen lieset deshalb statt: et sine dolo: nec sine dolo, wobei dann freilich die eingeschobenen Worte des Paulus einigermaßen schief werden. Vielleicht dürfte es deshalb vorzuziehen sein, ein non vor habet in l. 3 pr. einzuschalten.

Angesichts der Fassung des Interdictes scheint Ulpians Bemerkung auf den ersten Blick selbst für ihren Verfasser allzu trivial zu sein. Indessen gewinnt die Sache ein anderes Aussehen, wenn wir uns erinnern, daß bei der actio ad exhibendum die Haftung des dolo desinens possidere auf denjenigen erstreckt wurde, der die facultas exhibendi culpos verloren hat. [59]) Alsdann dürfen wir in jener Bemerkung den keineswegs überflüssigen Hinweis darauf finden, daß unser Interdict die Haftung, quasi possideret, bei verlorener facultas exhibendi ganz streng auf den dolo possidere desinens beschränkt. Und dies ist in der That wohl nicht unbegründet. In den übrigen Fällen der Haftung für desiisse possidere wird zwar nicht schlecht-

58b) S. oben S. 247.

59) L. 9 §. 4 D. ad exhib. 10, 4. Vgl. Demelius a. a. O. S. 190. S. auch l. 25 §. 2 D. de H. P. 5, 3 und dazu Eisele Jahrbücher für Dogmatik Bd. XIV S. 16 ff. und l. 12 §. 1 D. de furt. 47, 2 und dazu Lammfromm Beiträge zur Geschichte der Erbschaftsklage Tübingen 1887 S. 126 f. N. 2. Es darf hier wohl dahin gestellt bleiben, ob die fragliche Erstreckung nur auf lata culpa stattfindet oder auch auf levis culpa.

hin mala fides hinsichtlich des Eigenthums vorausgesetzt,[60]) wohl aber Kenntniß des fremden Rechtes, welches durch den Besitzverlust geschädigt wird. Dies paßt auf unser Interdict nicht: ein Recht wird zur Wirksamkeit desselben nicht erfordert,[61]) während anderseits der Impetrat völlig unbeschränktes Eigenthum an der Urkunde haben kann. Eine bloße Nachlässigkeit in ihrer Aufbewahrung läßt sich ihm deshalb schwerlich zum Vorwurfe machen, nicht einmal eine solche, welche gegenüber dem Rechte eines Dritten als gewissenlose Gleichgültigkeit gegen fremdes Interesse, also als culpa lata, erscheinen würde. Er haftet eben nur, wenn er der Urkunde mit dem Bewußtsein sich entäußert, dadurch ein fremdes Interesse zu schädigen.

Von der Haftung dessen, qui liti se obtulit, mit unserm Interdicte schweigen die Quellen. Dennoch werden wir sie anzunehmen haben gemäß der Schlußbemerkung der l. 13 §. 13 D. de H. P. 5, 3:

> (*Ulp*. lib. 15. ad ed.) — videndum, si non possidens obtulerit tamen se petitioni, an teneatur. et Celsus libro quarto digestorum scribit, ex dolo eum teneri: dolo enim facere, qui se offert petitioni. quam sententiam generaliter Marcellus apud Julianum probat: omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri.

Es kann hierfür im ganzen verwiesen werden auf die Ausführungen, die wir an einer frühern Stelle gegeben haben;[62]) doch erfordert ein dem uns hier angehenden Verhältnisse eigenthümlicher Umstand besonderer Erwähnung.

60) S. z. B. l. 9 §. 4 D. ad exhib. 10, 4 cit. und dazu Demelius a. a. O. S. 190 f.

61) S. oben Ziffer 2.

62) Thl. 2 dieser Serie §. 1838 Ziffer 38 S. 72—78.

Da es einer Activlegitimation des Impetranten nicht bedarf, so kommt es gar nicht zum Interdicte, wenn der Impetrat einräumt, daß die letztwillige Urkunde bei ihm sei, sofern er nicht einen Grund geltend macht, welcher ihn von der Exhibitionspflicht befreit: andernfalls wird er vielmehr, wie wir gesehen haben, mittels der magistratischen Zwangsgewalt ohne weiteres zur Exhibition genöthigt.[63]) Ein interdicto se offerre setzt also neben der Erklärung des Impetraten, er habe die Urkunde, das Vorschützen eines derartigen Grundes voraus.

5. Das Interdict ist exhibitorisch.

L. 3 cit. §. 7: Hoc interdictum exhibitorium est.

Der Impetrat hat demnach die Möglichkeit, durch sofortiges Erbitten eines arbiter der Proceßbuße der sponsio zu entgehen. Uebrigens begründet die Thatsache, daß es in diesem Falle extra ordinem, d. h. unabhängig vom rerum actus, zum iudicium kam, keinen Vorzug des Interdicts vor der actio exhibendum; die letztere gehört ihrem Wesen nach zu den extraordinariae actiones i. d. S.[64]) Ist demnach das interdictum de tabulis exhibendis nicht celeritatis beneficio inventum, so wird es um so einleuchtender, daß seine Einführung deshalb nothwendig gewesen ist, weil die Einsichtnahme in ein Testament von dem Interessenten nur in ganz vereinzelten Fällen mit der actio ad exhibendum sich erzwingen läßt, die ein Recht an der Urkunde voraussetzt.

Die Erwirkung des Interdictes war ursprünglich an eine Frist nicht gebunden.

L. 3 cit. §. 16 init.: Interdictum hoc et post annum competere constat.

63) S. oben Ziffer 3 S. 253.

64) Vgl. Thl. 2 dieser Serie des Commentars §. 1839 Ziffer 115 S. 375 f.

Zufolge der theodosischen Vorschrift über die Klagenverjährung verjährt die ex causa interdicti stattfindende extraordinaria actio in 30 Jahren von dem Augenblicke an, in welchem der Kläger zuerst Anlaß gehabt hatte, die Exhibition der letztwilligen Verfügung vom Inhaber derselben zu begehren. Tritt jedoch ein neuer Anlaß zu solchem Begehren ein, so kann deswegen immer von neuem geklagt werden, sollte gleich die Verjährung hinsichtlich des ersten Anlasses abgelaufen sein.

Die sponsio ex interdicto und die actiones ex sponsione dagegen mußten innerhalb eines Jahres von Erlaß des Interdictes an ausgewirkt werden.

> *Paul.* R. S. IV, 7, 6: Edicto perpetuo cavetur, ut, si tabulae testamenti non appareant, de earum exhibitione interdicto reddito intra annum agi possit, quo ad exhibendum compellitur, qui supprimit etc. [65])

Da die Formel des Interdictes subjective Voraussetzungen für die Befugniß zu dessen Erwirkung nicht bezeichnet, [66]) und obendrein, wie wir gesehen haben, eine Activlegitimation dafür überhaupt nicht erfordert wird, [67]) so versteht es sich von selbst, daß auch die Erben und die sonstigen Rechtsnachfolger des ursprünglichen Interessenten das Interdict erwirken können.

> L. 3 §. 16 cit. i. f. D. h. t.: sed et heredi ceterisque successoribus competit.

Unter den Rechtsnachfolgern sind hier auch die Singularsuccessoren zu verstehen: wer z. B. vom Legatar die diesem zu Eigenthum vermachte Sache gekauft hat, besitzt

65) Vgl. Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1837b Ziffer 77 S. 498 ff.

66) Vgl. Thl. 1 dieser Serie des Commentars §. 1835 Ziffer 12 S. 85 f.

67) S. oben Ziffer 2 S. 249 f.

selbst ein dringendes Interesse daran, die Vermächtnißverfügung einzusehen, sobald mit dem Rechte seines Vorgängers sein eignes Recht in Frage gestellt wird; ebenso der Erwerber eines Grundstücks, dessen Rechtsvorgänger eine Gerechtsame für dieses Grundstück durch Vermächtniß bestellt worden ist.

Die Sponsion aus dem Interdicte verfiel ohne weiteres, sobald der Impetrat die Vorzeigung der letztwilligen Verfügung unterließ; der Einwand, es fehle dem Impetranten ein rechtliches Interesse an der anbefohlenen Exhibition, wurde hier gar nicht zugelassen.

Die Verurtheilung im iudicium secutorium und in der actio arbitraria ex interdicto ging, wie bei der spätern actio extraordinaria ex causa interdicti, auf das Interesse des Klägers an der rechtzeitigen Exhibition der Urkunde.

L. 3 cit. §. 11 D. h. t.: Condemnatio autem huius iudicii quanti interfuit aestimari debet.

Gerade weil eine Activlegitimation für die Verbindlichkeit des Interdictes nicht erforderlich war, mußte es doppelt ins Gewicht fallen, daß die Ermittelung das Interesse da, wo die anbefohlene Exhibition infolge von Ungehorsam unterbleibt oder durch dolus oder lata culpa,[68]) nicht etwa durch geringeres Verschulden, des Impetraten vereitelt wird, mittels des klägerischen iusiurandum in litem zu geschehen pflegte.[69]) So war es leicht möglich, daß ein sachlich völlig Unberechtigter sich einen hohen Interessenbetrag erschwur. Indessen sicherte gegen einen offenbar frivolen Eid derart immerhin einigermaßen die Befugniß des Geschworenen, den Impetranten gar nicht zum Eide zuzulassen, wie der Geschworne nicht minder befugt

68) Vgl. l. 2 §. 1 Cod. de in lit. iur. 5, 53.
69) L. 2. l. 5 pr. §. 1 D. eod. 12, 3.

war, sowohl von vornherein einen Höchstbetrag für das zu beschwörende Interesse zu setzen, als hinterher dessen eidlich erhärteten Betrag zu ermäßigen, ja ungeachtet des Eides den Impetraten freizusprechen.[70])

Ist der Impetrant der eingesetzte Erbe, oder glaubt er es zu sein, so geht demnach die Verurtheilung auf den vollen Schätzwerth der Erbschaft bezw. des ihm wirklich oder angeblich zugewandten Erbtheils; ist es ein Legatar, auf den Schätzwerth des Vermächtnisses.

L. 3 cit. §. 12: Quare si heres scriptus hoc interdicto experiatur, ad hereditatem referenda est aestimatio. §. 13: Et si legatum sit, tantum venit in aestimationem, quantum sit in legato.

War das Vermächtniß zur Zeit der Verurtheilung noch bedingt, so wird diese gleichwohl auf den Schätzwerth des Vermächtnisses gerichtet, als ob die Bedingung erfüllt wäre, — und zwar ohne daß der Impetrant Caution wegen der Rückerstattung beim Fehlschlagen der Bedingung zu machen hätte. Als Grund für diese harte Behandlung des Impetraten wird angegeben, daß er jene Urtheilssumme zur Strafe für den Ungehorsam leiste, womit er die Exhibition weigere.

L. 3 cit. §. 14: Et si sub condicione legatum sit, quasi condicione existente sic aestimandum est, nec compelli debebit ad cavendum, ut se restituturum caveat, quidquid consecutus est, si condicio defecerit, quia poena contumaciae praestatur ab eo, qui non exhibet.

Vermuthlich im Zusammenhange mit dieser Aeußerung steht der demselben Buche 68 des Edictscommentars

70) L. 5 §§. 1. 2 D. eod. 12, 3.

entnommene Ausspruch Ulpians in l. 42 D. de cond. ind. 12, 6:[71])

Poenae non solent repeti, cum depensae sunt.

Kann demnach die poenae nomine geleistete Zahlung des Interesse nicht zurückgefordert werden, so bleibt es doch eine andere Frage, ob der Impetrant ungeachtet der Befriedigung seines Interesse an dem letztwilligen Erwerbe hinterher diesen letztern selbst noch einfordern kann. Ulpian unterscheidet hier, ob die Einforderung gegen einen Dritten gerichtet ist oder gegen den frühern Interdictenbeklagten selbst: im erstern Falle bleibt die geschehene Interessenleistung unberücksichtigt; im andern steht ihr eine doli exceptio entgegen.

L. 3 cit. §. 15: Inde quaeritur, si hinc consecutus aestimationem legatarius, postea legatum petat, an sit audiendus . et putem, si heres idem praestitit, exceptione doli repellendum, si alius, repelli non oportere . et ideo et si heres sit, qui interdicto usus est aestimationem consecutus, eadem est distinctio.

6. An der Möglichkeit, im heutigen gemeinen Rechte das interdictum de tabulis exhibendis oder genauer: die an dessen Stelle getretene Klage anzuwenden, ist gewiß nicht zu zweifeln. Selbstverständlich geht jetzt, wie dies auf Antrag des Klägers schon nach Justinians Rechtsordnung zulässig war,[72]) die Verurtheilung des wirklichen Inhabers der letztwilligen Urkunde nicht von vornherein auf das Interesse des Klägers, sondern auf Vorlegung der Urkunde selbst.[73]) Wie dieses Urtheil unter Justinian durch Wegnehmen der Urkunde manu militari vollstreckt

71) Lenel palingen. vol. II col. 805 no. 1480.
72) L. 68 D. de R. V. 6, 1.
73) Windscheid Pand. Bd. III §. 567 N. 2 unter e.

wurde, so ist es heute nach CPO. §. 769 vollstreckbar. Sofern die Ermittelung des Interesse erforderlich wird, erfolgt dieselbe nach CPO. §. 260.

Je seltener indessen Privattestamente sind, und je allgemeiner es üblich ist, daß die Urschrift gerichtlich eröffneter testamenta iudicialia bei den Gerichtsacten verbleibt, um so seltener wird die Anwendung jenes Rechtsbehelfes sein. Seufferts Archiv und die „Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen" enthalten m. W. bis jetzt einen Fall der Anwendung nicht.

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich schreibt in §. 1937 vor, daß der Inhaber einer Testamentsurkunde, welche nicht in amtliche Verwahrung zu bringen ist, die Urkunde, sobald er von dem Erbfalle Kenntniß erlangt, unverzüglich an das Nachlaßgericht abzuliefern hat (Abs. 1); und daß auch die in amtlicher Verwahrung befindlichen Testamentsurkunden nach dem Erbfalle an das Nachlaßgericht abgeliefert werden sollen, indem es zugleich letzterm zur Pflicht gemacht wird, diese Urkunden, wenn deren Vorhandensein ihm bekannt ist, von der sie verwahrenden Behörde einzufordern (Abs. 2). §. 1938 regelt die Verkündung letztwilliger Verfügungen. Dieselbe erfolgt durch das Nachlaßgericht, oder, wenn die Testamentsurkunde in der amtlichen Verwahrung eines andern Gerichtes sich befindet, durch das letztere. Dieses hat jedoch nach der Verkündung die Urkunde, unter Zurückbehaltung einer beglaubigten Abschrift, an das Nachlaßgericht abzuliefern. Eine Anordnung des Erblassers, wonach seine letztwillige Verfügung nicht alsbald nach dem Erbfalle verkündet werden soll, wird für unwirksam erklärt. §. 1939 Abs. 2 giebt einem Jeden, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, die Berechtigung, von der Testamentsurkunde Einsicht zu nehmen und eine Abschrift, einen Auszug oder eine Ausfertigung derselben zu verlangen.

Die letzte Vorschrift enthält laut der Motive Bd. V S. 308 „eine Uebertragung der gemeinrechtlichen Grundsätze von dem interdictum de tabulis exhibendis,“ — genauer: der Grundsätze des in l. 1 pr. D. testam. quemadm. aper. 29, 3 [74]) erwähnten Edictes und des genannten Interdictes. Jene Berechtigung gewährt also, je nachdem die Urschrift des Testamentes sich beim Nachlaßgerichte oder bei einem Privaten befindet, einen Anspruch gegen jenes oder gegen diesen.

Der Anspruch gegen den privaten Inhaber ist in Wahrheit das alte Interdict: die Motive S. 305 bezeichnen die entsprechende Pflicht des Inhabers ausdrücklich als eine „privatrechtliche.“ Wie nach ihnen dieselbe begründet ist „ohne Rücksicht auf das Vorliegen einer vertragsmäßigen Verbindlichkeit,“ so ist sie nicht minder begründet ohne Rücksicht auf irgend einen andern privatrechtlichen Titel, insbesondere auf das Eigenthum an der Urkunde.

Der Anspruch geht nach §. 1937 Abs. 1 ohne Unterschied, ob die Urkunde bereits eröffnet ist oder nicht, auf deren unverzügliche Ablieferung an das Nachlaßgericht.

Darüber, wie das rechtliche Interesse des die Einsicht Begehrenden „glaubhaft“ gemacht werde, läßt sich der Entwurf §. 1939 Abs. 2 nicht aus. Und doch wäre eine Aeußerung darüber um so erwünschter, als bekanntlich der Calumnieneid durch die CPO. beseitigt ist. Erlangt diese, anscheinend der üblichen Lehre von der Activlegitimation für das Interdict kurzer Hand entnommene, [75]) Vorschrift Gesetzeskraft, so wird die Praxis sich vermuthlich in der Weise helfen, daß sie dem Gesuche stattgiebt, sofern es nicht offensichtlich als frivol sich darstellt.

74) S. oben Ziffer 1 S. 236.
75) S. oben Ziffer 2 N. 19 f. S. 248.

Die Haftung dessen, qui dolo possidere desiit, beurtheilt sich nach dem Entwurfe gemäß den Vorschriften über unerlaubte Handlungen. Is, qui liti se obtulit, wird zufolge seines Geständnisses als wirklicher Inhaber verurtheilt. Vermag er nicht, dem Urtheile zu genügen, so muß es infolge fruchtloser Zwangsvollstreckung nach CPO. §. 778 zur Ermittelung des Interesse kommen. [76])

76) Vgl. Motive Bd. III S. 397.

Quellenverzeichniß.

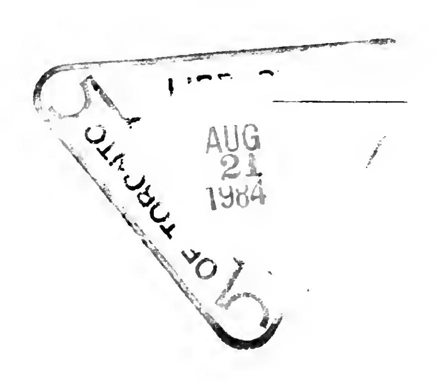
(Die größere arabische Ziffer bezeichnet die Seite, die kleinere die Note; ein vorgesetztes †, daß die Stelle ganz oder theilweis abgedruckt ist.)

Digesta.

Institutiones

Berichtigungen.

S. 8 N. 10 Z. 2 v. o. l. inoff. st. in off.
S. 28 N. 46 Z. 1 v. o. l. met. st. not.
S. 83 N. 9 Z. 2 v. u. l. quemadm. st. quomadm.
S. 88 N. 24 l. N. 38 st. 25.
S. 115 N. 28b Z. 4 v. o. l. nov. st. nr.
S. 136 Z. 11 v. o. l. §. 2080 st. 2088.
S. 147 N. 19 Z. 3 v. o. l. 46, 5 st. 45, 5.
S. 192 N. 3 l. §. 5 st. §. 15.





Aus bisherigen Urtheilen der Presse:

Archiv für bürgerliches Recht:

„. . . . . Es wäre sehr zu wünschen, dass die so trefflich sich einführende Zeitschrift nicht nur wissenschaftliche Triumphe feierte: Der Praktiker steht dem internationalen Privatrechte weniger rathlos, als vielmehr beschämt gegenüber. Wer dem Kläger eröffnen muss, dass ihm sein mühsam erkämpftes Urtheil gegen den Franzosen, den Engländer, den Amerikaner, den Russen nicht unbedingt hilft, wer selbst nur eine Zeugenvernehmung in Portugal, ja eine Zustellung in Ungarn versucht, und sieht, dass sie nicht gelingt, der weiss, was das bedeutet etc. etc.“

Sächsisches Archiv:

„. . . . . Das Bedürfniss nach einer derartigen Zeitschrift dürfte bei dem gewaltigen von Tag zu Tage sich steigernden Rechtsverkehr zwischen Angehörigen verschiedener Staaten unbestreitbar sein; die Anregung, welche sie bieten wird, erscheint auch um so erwünschter, als in Deutschland — abweichend von anderen Ländern — zeither, abgesehen von dem kürzlich in zweiter Auflage erschienenen grossen Werke von Bar's wenig für die theoretische Bearbeitung und Weiterbildung des internationalen Privatrechts geschehen ist. . . . (Folgt nähere Besprechung des Programmes und des Inhalts des 1. Heftes.) . . . Das ganze Heft ist geeignet, eine sehr günstige Meinung von der mit ihm eröffneten Zeitschrift zu erwecken, es enthält neben den umfänglichen anregenden und belehrenden wissenschaftlichen Ausführungen eine Fülle für den Praktiker werthvoller Mittheilungen. Wir können, soweit das jetzt vorliegende Heft ein Urtheil gestattet, die Zeitschrift der Beachtung aller an der Handhabung der streitigen und nichtstreitigen Rechtspflege Betheiligten empfehlen.“

Zeitschrift für französisches Zivilrecht:

„Bei der steigenden Bedeutung der internationalen Rechtsfragen, namentlich auch auf dem Gebiete der Rechtshülfe, darf es als ein glücklicher Gedanke bezeichnet werden, dass ein in der Literatur des internationalen Rechts (vergl. Zeitschrift XVII. 554, XIX. 178, ausserdem das „Handbuch der internationalen Nachlassbehandlung“) bestens bekannter Schriftsteller und Praktiker es unternommen hat, eine stattliche Anzahl Mitarbeiter aus der ganzen zivilisirten Welt um sich zu sammeln und ein deutsches Zentralorgan für dieses Rechtsgebiet zu schaffen, das ein solches bisher schmerzlich vermisst hat. Schon das erste Heft dieser Zeitschrift bietet des Interessanten genug. (Folgt nähere Besprechung des Inhalts.) Wir wünschen dem Unternehmen glücklichen Fortgang.“

Zeitschrift für Schweizer Strafrecht:

„Der *Revue de Droit international* und *Clunet's Journal du Droit International Privé et de la Jurisprudence comparée* vermochte Deutschland bisher nichts an die Seite zu stellen. Das internationale Privat- und Strafrecht lag, abgesehen von den klassischen Arbeiten von Bar's, ziemlich brach. Die Gründung einer Zeitschrift für Internationales Privat- und Strafrecht ist daher ein glücklicher Wurf, und es darf dem Unternehmen nach dem Eindruck, den das erste Heft macht, eine günstige Prognose gestellt werden.“ (Folgt nähere Anzeige des Inhalts des I. Heftes.)

Zeitschrift des bern. Juristenvereins:

„. . . . . Wir zweifeln nicht, dass die neue Ze[...] auch bei uns einen zahlreichen Leserkreis erwerben [...]

Zeitschrift für schweizerisches Recht:

„. . . . . Die Zeitschrift verspricht, nach dem [...] zu schliessen, namentlich in Mittheilungen aus der Re[...] der einzelnen Staaten viel zu leisten und es ist i[...] guter Erfolg zu wünschen.“

Literarische Mittheilungen:

„Die Böhm'sche Zeitschrift wird sich rasch einb[...] glauben namentlich, dass Anwälte und solche Juristen[...] Beruf mit der Anwendung auch fremden Rechts in Verbindung bringt, die grösste Belehrung und Anregung aus der neuen Zeitschrift schöpfen können. Diese Ueberzeugung wird auch bei Durchsicht des eben erschienenen zweiten Heftes in uns nur bestärkt, welches durch den grossen Stoffreichthum und die glückliche Wahl und Anordnung desselben die beim ersten Hefte schon gewonnene Meinung befestigt, dass diese Zeitschrift ein nothwendiges und höchst brauchbares Glied in unserer Literatur bilden wird. . . Böhm's neue Zeitschrift hat bei der heutigen Spezialisirung der Forschungen ihre volle Berechtigung. Dass sie recht gut wird, dafür bürgt ihr Redakteur und eine Zahl von hochangesehenen Mitarbeitern. . . . .“

Deutsche Notariats-Zeitung:

„Ausser dem *Journal du droit international privé* existirte unseres Wissens bisher eine Zeitschrift, welche sich mit dem internationalen Privat- und Strafrecht befasste, nicht, jedenfalls fehlte es an einer deutschen solchen Zeitschrift. Diese Lücke füllt obiges Unternehmen in wünschenswerther Weise aus. Eine stattliche Reihe von Mitarbeitern aus aller Herren Länder hat der den Lesern unserer Zeitung durch seine Arbeiten auf dem Gebiete der Rechtshülfe und der internationalen Nachlassbehandlung bekannte Verfasser gewonnen. Hält die Zeitschrift, was diese Namen in Aussicht stellen und was der Inhalt des ersten Heftes verspricht, so kann der Erfolg und eine geachtete Stellung des Unternehmens in der Zeitschriftenliteratur nicht ausbleiben.“ (Folgt Inhaltsangabe.) „Wir werden das Unternehmen mit lebhaftem Interesse verfolgen und behalten uns weiteren Bericht bevor.“

Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht:

„Nun hat auch die deutsche Jurisprudenz ihre „Revue de Droit international“ und die ersten beiden Hefte, die uns vorliegen, stellen sie ganz auf die Höhe ihres bekannten französischen Musters. Der Name des Herausgebers bürgt dafür, dass die Zeitschrift wissenschaftlich gehalten und practisch nützlich sein wird, und die lange Reihe Gelehrter, die ihm ihre Mitwirkung zugesagt haben, verheisst eine ebenso reichhaltige als scharfsinnige Behandlung des grossen Gebietes, das man mit dem Namen „internationales Privatrecht“ zusammenfasst.“